قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته

في

قانون المرافعات

دكتور

محمود محمد هاشم

أستاذ ورئيس قسم المرافعات

بحقوق عين شمس

والمحامي بالنقض والإدارية العليا

الطبعة الثانية

١٩٩١



قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته

في

قانون المرافعات

دكتور

محمود محمد هاشم

أستاذ ورئيس قسم المرافعات

بحقوق عين شمس

والمحامي بالنقض والإدارية العليا

الطبعة الثانية

١٩٩١

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديم

عندما عهد الينا بتدريس جزء من مادة التنفيذ القضائى والجبرى ، لطلاب السنة الرابعة بكلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٧٨/٧٧ ، اشتركنا مع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعى (رحمه الله) فى وضع مؤلف فى المبادىء العامة للتنفيذ ، نشرته دار الفكر العربى عام ١٩٧٨ • ما يخص جهدنا فيه الجزء الخاص بالسندات التنفيذية • وعندما عهد الينا بتدريس ساعة كاملة من مقرر التنفيذ عام ١٩٨٠ لطلاب السنة الرابعة بالكلية ذاتها ، وضعنا بمفردنا مؤلفا بعنوان القــواعد العامة للتنفيــذ القضائى • نشرته دار التوفيق للطباعة والنشر عام ١٩٨٠ ، تعرضنا فيه فحسب للقواعد العامة فى التنفيذ ، تكلمنا عن الحق فى التنفيذ ثم خصومة التنفيذ ، محلها وأشخاصها ، ثم اختتمنا هذا المؤلف بمقدمات التنفيذ •

وفى العام نفسه كنا قد انتدبنا لتدريس مادة التنفيذ الجبرى كلها لطلاب السنة الرابعة بكلية الحقوق جامعة أسيوط • فكان لزاما علينا أن نكتب فى طرق التنفيذ ، فوضعنا مجرد مذكرات مختصرة فى طرق التنفيذ أسميناها « مبادىء التنفيذ القضائى » أعتقد أنها تفى لغرض الدراسة الجامعية ، ولكنها لا تفى بحاجة المشتغلين بالقانون •

ولم تتح لنا فرصة تدريس كامل مقرر التنفيذ القضائى بعد ذلك الا بعد عودتنا من المملكة العربية السعودية ، التى كنا قد سافرنا اليها فى اعارة استمرت خمس سنوات ، حتى عام ١٩٨٨ ، ولدواعى انشغالنا بترتيب أحوالنا بعد العودة لم نتمكن من الكتابة من جديد فى هذا المقرر ، واكتفينا بتصوير ما كان مكتوبا فى الأصل فى مؤلفاتنا السابقة ، وان كنت مدركا لدواعى تحديثها •

ولقد أردت ــ هذا العام ــ أن أضع مؤلفا فى التنفيذ القضائى ، يفى بحاجة دارسى القانون والمشتغلين به ، يكون ثمرة لجهود بذلناها منذ

سنوات مضت نضيف اليه ثمرة خبرة اكتسبناها من أبحاث قمنا بها ، وأعمال أمام المحاكم مارسناها ، وكذلك ثمرة جهود بذلها من سبقونا فى هذا الخصوص •

واذ أقدم هذا المؤلف فى ثوب جديد ، لارجو أن يجد فيه دارس القانون ما يعينه فى فهم هذا العلم ، وأن يجد فيه رجل القانون ضالته • وأن يغفر لنا هذا وذاك ، تقصيرنا اذا ظهر ، فالكمال لله وحده ، وحسبنا أننا اجتهدنا ، ومن اجتهد فأصاب فله أجران ، ومن اجتهد فأخطأ فله أجر •

وبالله التوفيق ••

مصر الجديدة — المؤلف

أكتوبر ١٩٨٩ — د• محمود هاشم

تمهيـــد

١ — ضرورة القانون :

لا يشك أحد فى وقتنا لحاضر ، فى أن الانسان كائن اجتمــاعى بطبعه ، اذ ليس من الممكن تصور وجود الانسان المنعزل ، الذى يعيش بمفرده ، يقضى حاجته ، ويشبع رغباته ، دون أن يشاركه فى ذلك أحد من قرنائه ، فالانسان يكتسب صفته الآدمية من وجوده فى مجتمع ، فيه خلق ونشأ ، وفيه كتب عليه أن يعيش حياته[1] ، ويقضى حاجياته ، وكان لابد من أن يخالط الناس ويعاشرهم ، يعطيهم ويأخذ منهم يعطيهم ما يقــوم بانتاجه ، ويأخذ منهم ما يحتاج اليه من انتاجهم ، وبذلك كان لابد أن يدخل الانسان مع غيره من بنى جنسه فى علاقات متعددة ، ومعاملات متباينة ، وهكذا كان الأمر دائما ، وهكذا سيظل الى أن تقوم الساعة .

ولما كان الانسان يتميز الأثرة والأنانية ، يسعى الى تحقيق مآربه واشباع رغباته ، وهو فى سبيل ذلك مستعد لأن يفعل أى شىء ولو أدى ذلك الى الاضرار بالآخرين والمساس بحقوقهم ، ناهيك عما يؤدى اليه ذلك من نشوء الصراع بين الأفراد ، واضطراب أحوال المجتمع ، وتعكير صفوه ، فكان من الضرورى ايجاد قواعد معينة تحدد حقوق الأفراد ، وتبين حدودها ، مبينة ما للأفراد من حقوق وما عليهم من واجبات . فكان القانون الذى ينظم سلوك الافراد ويحدد حقوقهم تجاه المجتمع الذى يعيشون فيه ، وتجاه قرنائهم الذين يعايشونهم . ومن هنا كان

(١) انظر الدكتور احمد سلامة ، دروس فى المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٧٥ ، ص ١ .

القانون بدوره ضرورة اجتماعية ، فلا وجود للقانون فى غير مجتمع ، ولا وجود للمجتمع بغير قانون يحكمه •

واذا كان هناك أنواع أخرى من القواعد السلوكية التى تنظم حياة الفرد وتحدد سلوكه نحو نفسه ، ونحو غيره من الناس ، ونحـو ربه ، مثل قواعد الدين ، وقواعد الأخلاق ، فان هـذه القواعد لا تغنـى عن القانون ، اذ تظل لقواعد القانون ضرورتها وأهميتها ، وذلك نظرا لاختلاف تلك القواعد فى طبيعتها عن قواعد القانون • اذ تتميز القواعد الأخيرة بعنصر الالزام ، والذى عن طريق يتم اجبـار الأفراد على احترامها وتنفيذ ما جاء بها ، وتوقيع الجزاء المادى المقرر عليهم عند مخالفتها وذلك عن طريق السلطة العامة(٢) • أما الجزاء فى القاعدة الدينية ، فانه يتمثل فى جزاء أخروى ، يتولى الله سبحانه وتعالى توقيعه عند الحساب فى يوم القيامة ، يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون وذلك عند اتيان ما نهى الله عنه والامتناع عما أمر الله به • وبالنسبة لقواعد الاخلاق فيتمثل الجزاء فيها فى مجرد جزاء أخلاقى يظهر فى تأنيب الضمير وازدراء المجتمع للفرد خالف قاعدة من قواعد الأخلاق •

٢ — ضرورة تحقيق القانون :

واذا كان القانون ضرورة اجتماعية ، تحتمها حياة المجتمـع ، فان مجرد وجود القانون وقواعده ، لا يكفى لاستقرار هذه الحياة ، بل لابد من ضمان احترام القانون وتنفيذه ، بتطبيق قواعده فى الواقع الاجتماعى تطبيقا فعليا ، أى لابد من وجود السلطة التى تعطى للقـانون فاعليته

(٢) Lugo Andrea : Manunle di diritto processaule civile Seconda edizione, Giuffre 1960, p. 3-4.

ولزومه ، لضمان تحقيقه فى الواقع الاجتماعى ، وبغير هذه السلطة يغدو القانون مبادىء نظرية ، مدونة فى مدونات ، موضوعة على أرفف المكتبات أو فى ادراج المكاتب فى انتظار باحث أو قارىء .

فاذا كان القانون ضرورة اجتماعية ، فان تنفيذه وتحقيقه فى الواقع الاجتماعى يعد ضرورة اجتماعية كذلك تحتمها حياة المجتمع ، فلا خير فى قانون اذا لم يكفل له احترامه وتحقيقه الفعلى .

فاذا كان المفروض أن يتم تحقيق القانون بطريقة طبيعية تلقائية ، من خلال سلوك الأفراد اليومى المعتاد ، لأن القواعد القانونية موجهة الى الأفراد ، وهم ملزمون باحترامها وتنفيذها ، واعمالها فى حياتهم اليومية الا أن ذلك — وان كان أملا من الآمال — لا يحـدث غالبا ، لاعتبارات متباينة ، بعضها يرجع الى الأنانية والأثرة التى يتميـز بهـا البعض ، والذين يعملون على تحقيق مصالحهم واشباع رغباتهم بكل السبل ، ولو أدى ذلك الى الاضرار بالآخرين ، والاعتداء على حقوقهم . ويرجع البعض الآخر الى الجهل بقواعد القانون ، وهكذا لا يتحقق القانون ، اما لارادة مخالفته ، واما جهلا بقواعده .

وكان لابد اذن من تقويم الاعوجاج السـلوكى للأفراد ، حتى يتم تحقيق القانون ، استقرارا لحياة المجتمع ، وعملا على تسيير النظـام القانونى له . فكان لابد اذن من وجـود السلطة التى تكفـل احترام القانون ، وتطبيقه فى الواقع ، وذلك عن طريق الاعمال الفعلى للجزاء المقرر عند مخالفة القاعدة القانونية . ومن ثم يتم اجبار الأفراد على احترام القانون ، واعمال قواعده فى الواقع الاجتماعى . وكانت السلطة التى تكفل احترام القانون واعمال قواعده فى المجتمعات البدائية هى القوة وتمثل ذلك فى نظام القضاء الخاص Justice paivè ، الذى يسمح للفرد باقتضاء حقه بيده وبوسائله الخاصة . ولكن هذا النظام كثـيرا

.ما كان يؤدى الى سيطرة القــوى على الضعيف ، وتعــكير للســلام الاجتماعى •

وعندما استقرت المجتمعات ، أحست بأن القوة ليست هى الوسيلة الفعالة لضمان تحقيق القانون تحقيقا عادلا ، وكان لابد من الوصول الى ايجاد وسيلة أخرى تكون أكثر فاعلية فى تحقيق القانون ، فلم يعد القضاء الخاص يتفق ودور الدولة الحديثة ، لذلك قامت الدولة بالغاء نظام القضاء الخاص ، وأقامت محله قضاء آخر منظم ، تتولاه هى بنفسها ، عن طريق هيئات تقوم بانشائها وتنظيمها وتوليها مسئولية تحقيق القانون وتنفيذه ، وهذه الهيئات هى ما تعرف بالسلطة القضائية ، أو القضاء العام ، والذى أصبح حكرا على الدولة •

٣ — معنى التنفيذ وأنواعه :

تنفيذ القانون يكون باعمال قواعده فعلا ، اختيارا أو جبرا • فاذا قام الأفراد باحترام القانون ، باتيان ما أمرت به قواعده ، والامتناع عما نهت عنه ، فان القانون يكون بذلك قد تم تنفيذه فعلا ، ولا يكون هناك معنى لتدخل السلطة العامة لتحقيق هذا الغرض •

أما اذا امتنع أحد الأفراد عن ذلك ، فان تدخل السلطة لاجباره على تنفيذ القانون يصبح أمرا واجبا بناء على طلب صاحب المصلحة الخاصة ، فى العلاقات الخاصة ، أو صاحب المصلحة العامة فى العلاقات العامة •

فالتنفيذ لذلك نوعان : التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى :

٤ — التنفيذ الاختيارى : L'exéction Volontaire

١ — معناه :

الأصل أن يتم تنفيذ القانون اختيارا من جانب المخاطبين بالقانون ، وذلك بقيام المدين بأداء التزامه ، أو بالوفاء بدينه • ويسمى هذا الوفاء Payment الذى نظم المشرع قواعده فى المــواد ٣٢٣ وما بعــدها من القانون المدنى ، فالوفاء بالعهد ، وانجاز الوعد ، من الأمور التى دعت

اليها مختلف الشرائع ، ومنها شريعة الاسلام ، شريعة الحق والعدل ، فيقول الحق تبارك وتعالى ، « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم » (النحل — ٩١) • وكذلك قوله تعالى : « يأيها الذين آمنــوا أوفوا بالعقــود » (المائدة — ١) • وأيضا : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها » (النساء — ٥٨) • ومن ذلك أيضا ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أئتمن خان » • واذا امتنع المدين عن الوفاء اختيارا ، كان للدائن أن يجبره على هـذا الوفاء ، عن طريق الوسائل التى منحها له القانون فى هذا الشأن ، أما اذا لم يكن للدائن هذه السلطة فى اجبار المدين على الوفاء ، فان الالتزام فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون التزاما طبيعيا ، لا اجبارا فى الوفاء به ، أى مجرد دين فى ذمة المدين ، الوفاء به يكون راجعا لتقديره هو دونما اجبار على هذا الوفاء ، من جانب الدائن الذى فقد عنصر المسئولية •

واذا كان التنفيذ الاختيارى هو الأصل ، فانه لا يلزم أن يقوم به المدين ، رغبة منه فى الوفاء بالتزامه ، اذ يكون التنفيذ اختياريا أيضا ، ولو قام به المدين خوفا من قهره على الوفاء » (٣) • وبمعنى آخر ، لا يعتد بالسبب الدافع الى الوفاء الاختيارى ، سواء كان ذلك عن رغبة فى الوفاء ، أو عن رهبة من الاكراه عليه • ويكون الوفاء الاختيارى للالتزام صحيحا ، ولو كان الالتزام التزاما طبيعيا ، لا يملك صاحبه اجبار المدين عــلى الوفاء به ، اذ أن الالتزام الطبيعى ، دين فى الذمة ، والوفاء الاختيارى به ، ليس تبرعا ، طالما كان ذلك عن بينة واختيار ، ومن ثم ليس للمدين

---

(٣) فتحى والى — التنفيذ الجبرى ، ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية ، ص ٤ بند ٣ •

الموفى به طلب استرداد ما دفعه ، اذ لا اســترداد فيما دفع أداء لدين طبيعى »[٤] •

٢ ــ مشاكله :

والتنفيذ الاختيارى لا يثير مشاكل عملية ، الا فى حالة رفض الدائن لهذا التنفيذ ، أى رفض ما يعرضه عليه المدين ، وفاء بما تعهد به • وهنا يتدخل القانون ، ازالة لهذه المشكلات • ويجيز للمدين ، ابراء لذمته ، أن يقوم بعرض ما وجب عليه الوفاء به عرضــا فعليا ، وايداعه خزانة المحكمة • وقد تضمن الباب الأول من الكتاب الثالث ، من قانون المرافعات المصرى (المواد ٤٨٧ ــ ٤٩٣)[٥] القواعد التفصيلية للعرض والايداع • وتتلخص فى قيام المدين بعرض الدين على الدائن[٦] ، بورقة من أوراق المحضرين ، أى على يد محضر • تشتمل على بيان الشىء المعروض وشروط العرض ، وقبوله ورفضه ، مع استعداد المدين لتسليم المعروض بصــفة نهائية اذا قبله الدائن ، أو أيداعه فى المحل المعين فى العقد أو الذى تعينه

---

(٤) القاعدة رقم ٥٦ من أصول التقريرات الخاصة بالالتزامات الواردة بالملحق الثانى رقم (٦) بمدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى. تعريب عبدالعزيز فهمى • بيروت ، عالم الكتب ، ص ٣٨٦ •

(٥) والذى يقابله الباب الخامس من الكتاب الثالث من قانون المرافعات الكويتى رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ المواد ٢٩٩ ــ ٣٠٤ منه • والباب الأول من الكتاب الثالث من قانون أصول المحاكمات المدنية السورى رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ (المواد ٤٧٦ ــ ٤٨٥) • والباب الأول من الكتاب الثالث من قانون المرافعات الليبى الصادر سنة ١٩٥٤ (المواد ٧٠٩ ــ ٧١٩) •

(٦) انظر د. عبد الحميد أبو هيف ــ طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية فى مصر. القاهرة مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٤ ص٨٨٦ ــ ٩٠٢، بند ١٣٢٣ ــ ١٣٤٤ •

المحكمة أو فى خزينة المحكمة ، اذا لم يقبل الدائن الاستلام (المـواد ٤٨٧ — ٤٨٨) ، ثم يكون للمدين أن يطلب بالاجراءات المعتادة الحكم بصحة العرض والايداع ، ابراء لذمته (م ٤٩٠ وما بعـدها من قانون المرافعات) .

ومن الطبيعى ألا ينتج العرض أثره الا اذا تم بالاجـراءات وفى المواعيد التى حددها النظـام . فان كان المعروض نقـودا قام المحضر بايداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى على الأكثر لتاريخ العرض . وعلى المحضر اعلان الدائن بصورة من محضر الايداع خـلال ثلاثة أيام من تاريخه . واذا كان المعروض شيئا غير النقود كان للمدين الذى رفض عرضه أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى ، اذا كان الشىء مما يمكن نقله ، والا وضعه تحت الحراسة (م ٤٨٨ / مرافعات) . كما أنه يجوز العرض بالجلسة عرضا حقيقيا بغير اجراءات أمام المحكمة بشرط حضور الموجه اليه العرض . واذا رفض الأخير تسلم المبالغ المعروضة ، جاز تسليمها لكاتب الجلسة الذى يقوم بايداعها خزانة المحكمة ، على أن يكتب فى محضر الايـداع ما تم اثباته فى محضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه (٤٨٩ مرافعات) .

٥ — ثانيا التنفيذ الجبرى (القضائى) :

١ — معنـاه وطبيعته :

اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، اختيارا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الدائن . كان للمدين ، بما له من سـلطة الاجبـار ، أن يجبر المدين — بالاجراءات والطرق المقررة — على هذا التنفيذ والذى يطلق عليه « التنفيذ الجبرى » **L'execution forcée** وهو ما نفضـل تسميته بالتنفيذ القضائى **L'execution judiciaire** ، حيث انه يتم بتدخل القضاء ذاته ، أو تحت اشرافه .

ومن ثم فالتنفيذ القضائى لا يعدو أن يكون صورة من صور الحماية القضائية ، لأنه نشاط قضائى ، تقوم به المحاكم [٧] ، تحقيقا منها لوظيفتها الأساسية ، والتى تتمثل فى حراسة النظام القانونى ، والعمل على تحقيقه فى الواقع الاجتماعى .

اذ يتدخل القضاء — بناء على طلب صاحب المصلحة — لتأكيد الحقوق أو المراكز القانونية ، عند المنازعة فى وجودها ، أو لاعادة هذه الحقوق الى أصحابها عند سلبها ، وازالة الاعتداء الواقع عليها ، وهذه المهمة الأخيرة هى التى يطلق عليها فقه المرافعات الحماية التنفيذية La tutela esecutiva ، باعتبارها صورة من صور الحماية القضائية ، اعتبارا

---

(٧) انظر فى الطبيعة القضائية للتنفيذ الجبرى . محمود هاشم . قانون القضاء المدنى جـ ١ ، القاهرة : دار الفكر العربى ، ١٩٨١م ص ١٣١ . وجدى راغب فهمى : النظرية العامة للعمل القضائى — رسالة — الاسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٧٤م ص ١٠٣ ، مبادىء القضاء المدنى ، القاهرة : دار الفكر العربى ١٩٨٦/١٩٨٧ ، ص ٥٨ . فتحى والى : التنفيذ الجبرى ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ بند ١٠ ص ١٩ . الوسيط فى قانون القضاء المدنى — القاهرة — دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص ١٣١ . محمد عبد الخالق عمر ، مبادىء التنفيذ ط ٤ — القاهرة — دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ٢٥ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ، قواعد المرافعات فى القانون المصرى المقارن جـ ١ ، القاهرة : مكتبة الآداب ، ١٩٥٧ ، ص ٢٣١ .

Chiovenda J. Principii di diritto processuale civile, Napoli C.E.D.-E.J., 1965, p. 296. Micheli, Carso di diritto Processule Civile, Milano Giuffrè, 1959, Vol. I, p. 73. Carnelutti F. Trattato del processo civile, Diritto et processo, Morano, 1958, p. 283.

Rocco Ugo, Trattato di diritto processuale civile, Torino, UTET, 1957, Vol. I, p. 112. Sattas diritto processuale civile, padova, Cedam 1959, p. 213 No. 146.

بأن القضاء هو الذى يقوم بها ، ومن هنا يمكن تسميته بالتنفيذ القضائى ، كما أن قانون المرافعات المدنية والتجارية فى جميع دول العالم هو المنظم للقضاء ووظيفته ينظم قواعد التنفيذ ، ولذلك يكون الرأى القائل بأن التنفيذ الجبرى لا يعد نشاطا قضائيا ، وانما هو عمل من أعمال السلطة التنفيذية[٨] ، يكون فى رأينا محل نظر .

ويقوم القضاء ، أداء منه لرسالته ، بتطبيق الجزاء القانونى Sanction على من يخالف القانون وقواعده ، اذ أن القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ، يلتزم الأفراد باحترامها ، فهى ليست نصيحة أو رجاء ، وانما هى واجب يتعين طاعته . والا تم توقيع الجزاء المقرر على من يخالف حكمها .

وتتعدد صور الجزاء وتتباين أنواعه ، فقد يكون من وقوع المخالفة أو استكمالها ، وقد يكون علاجا لمخالفة وقعت فعلا . وقد يكون الجزاء جنائيا ، وقد يكون جزاء مدنيا ، وقد يكون جزاء اداريا ، كما قد يكون جزاءا اجرائيا[٩] ، وذلك كله بحسب طبيعة القاعدة التى تمت

---

(٨) محمد حامد فهمى ، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية — القاهرة — ١٩٥٢ ص ١٥٧ ، عبد الباسط جميعى ، نظام التنفيذ ، القاهرة : دار الفكر العربى ، ١٩٦٨ ص ٣٠ .

Vizioz H. : Observations sur Etude de procédure civile, Paris, 1956. p. 242 No. 51.

(٩) انظر فى صور الجزاء أحمد سلامة — دروس فى المدخل لدراسة الخصومة كان لم تكن فى قانون المرافعات . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية — كلية الحقوق / جامعة عين شمس ، العدوان الأول والثانى — يناير — يوليو ١٩٨٣ ، ص ١٠٨ ، بند ٢ .

مخالفتها • وما يهمنا فى هذا المقام هو الجزاء المدنى[١٠] • ومن المعلوم أن الالتزام المـــدنى Obbligatio يتكون من عنصرين : أولهما عنصر المديونية Debitum وعنصر المسئولية Obbligatio ويتمثل الاول فى العلاقة التى تربط شخصين تلزم أحدهما بالقيام بأداء معين لصـــالح الآخر • فهـــو الواجب الذى التزم به المدين تجـــاه الدائن • أما العنصر الثانى فهو عنصر الاجبار La contrainte ، أى السلطة التى يخولها المشرع للدائن أو صاحب الحق الشخصى لاجبار المدين أو الملتزم على تنفيذ ما التزم به •

٢ ــ نوعا التنفيذ الجبرى :

والتنفيذ الجبرى قد يتم عينا ، وهذا هو الأصل ، وقد يتم بمقابل حين يتعذر التنفيذ العينى ، فما هو المدلول الفنى لكل من التنفيذ العينى ، والتنفيذ بمقابل •

٦ ــ (أ) التنفيذ المباشر : L'exécution dericte

يقصد بالتنفيذ المباشر اجبار المدين على القيـــام بتنفيـــذ التزامه تنفيذا عينيا ، أو القيام بذلك على نفقة المدين ، وبعبارة أخرى هو الوفاء بعين ما تعهـــد به المدين • ولهذا يطلق عليـــه البعض التنفيـــذ العينى

---

(١٠) ويخرج عن فكرة الجزاء بالمعنى المتقدم ما يحصـــل عليه الفرد نتيجة قيـــامه بتنفيذ قواعد القانون . فمن يجد مالا ضائعا فيقوم برده الى صاحبه ، فيحصل على نسبة من قيمته نظير ذلك ، فان هذا لا يعتبر جزاء ، حيث أن الفرد قام بتنفيذ القانون ولم يخالفه . راجع احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

L'exécution en nature [١١] . لأن الدائن يحصل على محل

محله نفسه وليس شيئا آخر يقوم بديلا عنه ، فان كان الالتزام بتسليم عين معينة أو منقول معين ، أو كان الالتزام بعمل معين (مثل اقامة بناء أو سد مطل أو شق قناة) ، أو بالامتناع عن عمل معين (مثل عدم فتح محل ، أو عدم اقامة بناء أو عدم غرس أشجار معينة) ، كان للدائن — اذا رغب فى ذلك — الزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به ، وجـاز جبر المدين على القيام بذلك اذا كان ذلك ممكنا بطبيعـة الحـال . اذ يجبر المدين ، بعد اعذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا (م ٢٨٤ مدنى كويتى) أو هذا هو الأصل .

فلو كان الالتزام بنقل ملكية عقار معين الى المشترى ، وامتنع البائع عن تسجيل العقد للمشترى ، كان للأخير الالتجاء الى القضاء ليحصل على حكم بصحة هذا البيع ونفاذه من المحكمة المختصة ، ثم يقوم بتسجيل هذا الحكم ، فتنتقل الملكيـة بذلك الى المشـترى جبرا عن البائع[١٢] (م ٢١٠ مدنى مصرى ، ٧١ مدنى كويتى) وان كان الالتزام بتسـليم منقول معين بذاته ، وامتنع المدين عن تسليمه ، جاز جبر المـدين على تسليم هذا المنقول (م ٢٠٤ مدنى) طالما كان هذا التسليم ممكنا . أما اذا

---

(١١) عبد الحميد ابو هيف ، طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية ، ط ٢ ، ١٩٢٣ ، مطبعة الاعتماد ، ص ١٤ — ١٧ .

Vincent J. et Prèvault J. voies d'exècution, 15e èd. 1984, Dalloz, p. 18 No : 19.

قارن رمزى سيف ، قواعد تنفيذ الاحكام والعقود الرسمية ، الطبعة التاسعة ١٩٧٠ ، ص ٨ . أمينة النمر ، احكام التنفيذ الجبرى طرقه ، ط ٢ ، بند ٥ ، فتحى والى ، التنفيـذ ص ٥٩٤ . أبو الوفا — اجراءات ، بند . ؟ ص ١٧ .

(١٢) انظر نقض مدنى ١٩٨٢/٦/١٣ منشـور فى مجلة المحاماة ، س ٦٥ ، العددان الثالث والرابع مارس وابريل ١٩٨٥ ، ص ٧٥ رقم ١٥ . (م ٢ — قواعد التنفيذ)

كان الالتزام بتسليم منقول معين بنوعه وامتنع المدين من القيام بتنفيذه ، كان للدائن القيام بتنفيذ هذا الالتزام عينا على نفقة المدين بعد الحصول على اذن من القضاء فى غير حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى مصرى ، ٢٨٥ مدنى كويتى) (١٣) .

واذا كان محل الالتزام القيام بعمل معين ، وامتنع المدين عن القيام به ، أجبر على القيام به ، والا كان للدائن — بعد الحصول على اذن من القضاء فى غير حالة الاستعجال — القيام بهذا العمل على نفقة المدين (٢٠٩ مدنى مصرى ، ٢٨٨ مدنى كويتى ، ١١٤٤ مدنى فرنسى) .

أما اذا كان محل الالتزام هو الامتناع عن عمل معين وأخل المدين بهذا الالتزام ، بأن قام بالعمل الملتزم بالامتناع عنه ، كان للدائن أن يطلب من القضاء اجبار المدين على ازالة ما وقع مخالفا للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء الترخيص له فى أن يقوم بهذه الازالة (أى غلق المتجر أو هدم البناء) على نفقة المدين (م ٢١٢ مدنى مصرى ، ٢٩١ مدنى كويتى ، ١١٤٣ مدنى فرنسى)والمادة ٣٩ من قانون الاجراء الاردنى .

ومما تجدر الاشارة به ، أن التنفيذ العينى (أى التنفيذ المباشر) لا يصح الا اذا تحققت شرائطه(١٤) وهى : اعذار المدين ، وأن يكون التنفيذ المباشر ممكنا وغير مرهق للمدين ، وأن يكون ممكنا بغير تدخل المدين . فان تخلف شرط من هذه الشروط بأن كان التنفيذ المباشر غير ممكن أو غير ملائم ، فلا يجوز الاجبار على التنفيذ المباشر ، ولا يكون

---

(١٣) انظر فى التفاصيل ، محمد عبد الخالق عمر ، مبادىء التنفيذ ، ط ٤ ، ١٩٧٨ ، دار النهضة العربية ص ١٦٠ وما بعدها ص ١٢٩ وما بعدها .

(١٤) عبد الحميد ابو هيف — المرجع السابق ، ص ١٦ بند ٨ . أحمد ابو الوفا : اجراءات التنفيذ ، ط ٨ ، ١٩٨٢ ، ص ١٣/١٤ .

أمام الدائن الا التنفيذ غير المباشر ، أى التنفيذ بطريق التعويض • وفى هذا قضت محكمة النقض بأن « دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، هى دعوى استحقاق ، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشترى تنفيذا عينيا ، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فلا يجاب المشترى الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين • ومن ثم فاذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل الى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لان عقد شرائه لم يسجل وأن المشترى لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر من الأول الى الثانى توطئة للحكم بصحة عقده هو حتى اذا ما سجل الحكم بصحة العقدين انتقلت الملكية اليه ، فان دعوى المشترى بطلب صحة تعاقده قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه تكون غير مقبولة »(١٥) •

٧ ـــ اجراءات التنفيذ المباشر :

ولم يعن قانون المرافعات المصرى بالتنفيذ المباشر ، فلم يخصص له بابا أو فصلا ، يبين فيه اجراءاته وقواعده • ولا نعرف حكمة هذا القصور التشريعى المصرى(١٦) ، وهل تكمن فى قلة حالات التنفيذ المباشر فى

---

(١٥) نقض ١٩٨٢/٦/١٥ ، المشار اليه فى الهامش السابق فى الطعن رقم ٧٣٣ لسنة ٤٩ ق • ونقض ١٩٨٢/٥/٢٣ فى الطعن ٣٣٤ لسنة ٣٥ ق • منشور فى المحاماة ، س ٦٤ ، العددان السابع والثامن ، سبتمبر واكتوبر ١٩٨٤ ص ١١٨ رقم ٢٦ •

(١٦) بعكس بعض التشريعات الأخرى ، مثل التشريع الكويتى الذى افرد الباب الثالث من الكتاب الثالث للتنفيذ المباشر (المواد ٢٨٩ ـــ ٢٩١ منه) والباب الرابع من الكتاب ذاته لوسائل الاكراه على التنفيذ المباشر (الحبس ـــ

القانون المصرى أم فى أن هذا التنفيذ لا يثير مشكلات عند مباشرته ، مثل تلك التى يثيرها التنفيذ غير المباشر ؟ .

واذا كان القانون المصرى قد جاء خلوا من تحديد اجراءات وقواعد التنفيذ المباشر ، فان هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة التى أوردها مما تتفق مع طبيعة التنفيذ المباشر . وعلى ذلك لا يجوز التنفيذ المباشر الا بناء على سند تنفيذى ، اعتبارا بأن التنفيذ الجبرى ومنه التنفيـذ المباشر لا يتم الا بموجب سند من السندات التنفيذية المحددة قانونا ، ومن ناحية أخرى لا يتم التنفيذ المباشر — كقاعدة — الا عن طريق المحضر أو الدائن فى حالات معينة تحت الاشراف الفعلى للقضاء ، وبعد الحصول على اذنه ، فى غـير حالات الاسـتعجال . ويكون على المحضر أن يحرر محضرا بما يفعله وفقا للقواعد العامة ، وفى المواعيد الجائز التنفيذ فيها .

ومن ثم ينتقل المحضر الى مكان وجود المنقول المعين بذاته والمطلوب تسليمه ويتولى المحضر تسليم هذا المنقول ، ان كان موجودا ، الى الدائن أو الى من يعينه الدائن لذلك ، ويحرر محضرا بذلك يوقعه ويوقع عليـه المستلم ، وان وجد المحضر أن المنقول سبق الحجز عليه من قبـل دائن

=

والمنع من السفر) (المواد ٢٩٢ — ٢٩٨) والباب الخامس من الكتاب ذاته للعرض والايداع ، عند رفض الدائن التنفيذ المباشر المواد ٢٩٩ — ٣٠٤ . وكذلك قانون المرافعات الليبى الصـادر سنة ١٩٥٤ الذى خصص الباب الخامس من الكتاب الثانى للتنفيذ العينى (المواد ٧٠١ — ٨٠٨) . كما خصص النظام الايطالى المواد من ٦٠٥ — ٦١٤ من قانون المرافعات لقواعد التنفيذ المباشر سواء كان الالتزام باعطاء او بعمل أو بامتناع عن عمل . وكذلك قانون المسطرة المدنية المغربى (المواد ٣٣٨ — ٣٤٠ منه) ومجلة الاجراءات المدنية التونسية (الفصول ٢٩٨ — ٣٠٠ منها) وقانون المرافعات الجزائرى (المواد ٤٤٦ — ٤٤٨ منه) والسودانى (٢٣٩ — ٢٤١) .

آخر ، فعليه الامتناع عن التسليم في هذه الحالة • ويكون لطالب التنفيذ الرجوع على كل من المدين والدائن الحاجز بدعوى ترفع الى قاضى التنفيذ المختص ، للمطالبة بتمكينه من الاستلام ؛ وقد يحكم القاضى بتسليم المنقول اليه اذا لم يكن الحجز الموقع عليه نافذا فى مواجهته[١٧] •

وان كان الالتزام باخلاء عقار من العقارات ، انتقل المحضر الى ذلك العقار ، فان وجد به المدين فان الاخلاء يتم بتحرير محضر واخراج ما به من منقولات وتسليم مفتاح العقار الى الدائن أو مندوبه ان كان العقار من المبانى التى يتم اغلاقها • ولكن اذا لم يكن المدين موجودا أو رفض نقل المنقولات الموجودة بالعقار • فماذا يفعل المحضر فى هذه الحالة ؟ يذهب بعض الفقهاء [١٨] الى اخراج هذه المنقولات من العقار وتركها فى الطريق العام دون أدنى مسئولية على المحضر أو طالب التنفيذ فى هذا الشأن • ولا نتفق مع هذا الرأى ونذهب الى ما ذهب اليه القانون الكويتى من قيام المحضر (مأمور التنفيذ) فى هذه الحالة بتعيين طالب التنفيذ حارسا على هذه المنقولات ، أو يقوم بنقلها الى مكان آخر اذا لم يوافق طالب التنفيذ على الحراسة ؛ واذا انقضت ثمان أيام ولم يقم المحكوم عليه بتسلمها من المنفذ أو الحارس فيمكن بيعها بالاجراءات التى تباع بها المنقولات المحجوز عليها • وهذا ما نصت عليه بالفعل أنظمة دول المغرب العربى كلها (٢٩٩ تونس ، ٢٣٩ جزائر ، ٤٤٧ مغرب) وكذلك النظام الأردنى (المادة ٤١ من قانون الاجراء) •

---

(١٧) انظر ، فتحى والى ، التنفيذ الجبرى ، ص ٥٩٦ ،
Sattas S. Esecuzione forzata, Torino, 1952, No. 195.
وانظر الفقرة الثانيـة من المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات الكويتى والمادتين ٦٠٦/٦٠٧ من قانون المرافعات الايطالى •

(١٨) فتحى والى — التنفيذ ، ص ٦٠١ بند ٣٣٢ •

هذا اذا كانت المنقولات غير محجوز عليها ، فان كانت كذلك ، فعلى المحضر الامتناع عن الاخلاء فى هذه الحالة ، واخبار الدائن الحاجز ورفع الأمر الى قاضى التنفيذ ، يأمر بما يراه لازما للمحافظة على حقوق ذوى الشأن . نصت على هذا المادة ٢٩٠ من القانون الكويتى ، وتقريبا المادة ٦٠٩ من قانون المرافعات الايطالى ، ولا يوجد نظير لذلك فى القانون المصرى ، وان كان ذلك لا يمنع من تطبيقه فى مصر .

واذا كان الالتزام بهدم حائط أو بناء مبنى ، وامتنع المدين عن تنفيذ ذلك ، لم يحدد القانون وسيلة التنفيذ الجبرى العينى ، الأمر الذى أدى بالبعض الى القول بأن ذلك يتم بقيام المحضر باجراء مناقصة علنية للقيام بالعمل المطلوب تحت اشراف قاضى التنفيذ . وان كان القانون الايطالى قد حدد طريقة مثالية فى هذا الصدد يمكن الاستعانة بها ، وهى أن على طالب التنفيذ الرجوع الى قاضى التنفيذ بطلب تحديد طريقة وكيفية التنفيذ ، ويكون للقاضى بعد سماع المدين اختيار المحضر الذى سيتولى الاشراف على التنفيذ ، والأشخاص الذين يعهد اليهم بالقيام بالعمل المطلوب تحت اشراف ذلك المحضر (م ٦١٢ مرافعات)([20]) .

كان ما تقدم خاصا بالالتزامات الناشئة فى نطاق المواد المدنية والتجارية ، أما بالنسبة للالتزامات الناشئة فى نطاق مسائل الأحوال

---

(١٩) فتحى والى — المرجع السابق ، ص ٦٠٢ بند ٣٣٣ .
(٢٠) ساتا — المرجع السابق ، بند ١٩٩ . وهذا ما نقلته بالفعل المادة ٢٩١ من قانون المرافعات الكويتى التى نصت على انه « يجب على من يطلب التنفيذ الجبرى بالتزام بعمل أو امتناع عن عمل ان يقدم طلبا الى مدير ادارة التنفيذ لكى يحدد الطريقة التى تم بها ... ويقوم مدير ادارة التنفيذ — بعد اعلان الطرف الاخر لسماع اقواله — باصدار امره بتحديد الطريقة التى يتم بها التنفيذ ويعين مأمور التنفيذ الذى يقوم به والأشخاص الذين يكلفون

الشخصية ، وخاصــة تلك الأحكام الصادرة بدخول الزوجة فى طاعــة زوجها ، أو بحفظ الولد أو تسليمه أو بالتفريق بين الزوجين ، فان القانون المصرى قد نص على جواز تنفيذها تنفيذا مباشرا ، قهرا ولو أدى ذلك الى استعمال القوة الجبرية ودخول المنازل . وتجوز اعادة تنفيذ الحكم كلما اقتضى الحال ذلك[٢١] .

وقد ترك القانون تحديد اجراءات التنفيذ المباشر فى تلك المســائل الى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الكائن بدائرتها محل التنفيذ ، وعلى رجال التنفيذ اتباع ما يأمر به القاضى فى هــذا الخصــوص (م ٨٨٩ مرافعات) .

٨ — وسائل التهر على التنفيذ المباشر :

اذا كان التنفيذ المباشر (العينى) غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين ذاته ، فان الأنظمة المقارنة تجيز — وعلى ما رأينا — اجبار المدين على التنفيذ المباشر ، ولكى تحمله على هذا الوفاء المباشر ، فانهــا تنظم وسيلتين لاكراهه على ذلك هما : الاكراه المالى والاكراه البدنى ، وذلك فى حالات معينة وباجراءات تحددها . ونلقى — فى عجالة — جانبا من الضوء على هاتين الوسيلتين .

---

(٢١) نصت على ذلك المادة ٨٨٩ من قانون المرافعات المصرى الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، والسارية المفعول فى ظل قانون المرافعات الحالى ، المستبقاة ضمن نصوص الكتاب الرابع من ذلك القانون الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . وهو ما كانت تنص عليه المادتان ٣٤٢ / ٣٤٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

٩ — (أ) الاكراه المالى : La contrainte pécuniaire (٢٢)

ابتدع القضاء فى كل من مصر وفرنسا(٢٣) نظام الغرامات التهديدية Les asteuients لاكراه المدينين على القيـــام بتنفيذ عين ما التزموا به ، وهو نظام يجيز للدائن أن يطلب من القضاء الحكم على مدينه بغرامة مالية معينة يدفعها عن كل يوم — فترة زمنية معينة — يتأخر فيها عن الوفاء أو الأداء عن الأجل المعين له • ونظرا للنجاح الذى حققه هذا النظام الذى ابتدعه القضاء ، فان الأنظمة المقارنة قد نظمته تشريعيا ، وحددت قواعـــده وأحـــكامه(٢٤) • ومن المعلوم أن الحـــكم بالغرامة

---

(٢٢) Jboré, Astreinte : Encyclopédie Dalloz, Repretoire de droit civile, 2éme éd. Denis Dominique, L'astreinte judiciaire these, Paris 1975.

(٢٣) أنظر فتحى والى ، التنفيذ ، ص ٦ ، بند ٤ ، أبو هيف ، طرق التنفيذ ، بند ٩ ص ١٧ ، بند ١٠ ص ١٩ ، فنسان وزميله ، بند ٢٨ ص٢٢ ، وانظر فى هذا الموضوع :

Denis Dominique, L'astreinte judiciaire. Nature et évolution, Thèse, Paris 1975.

(٢٤) اذ نظمته المادتان ٢١٣/٢١٤ من القانون المدنى المصرى ، والمادة ٢٩٢ من القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ ، والقانون الفرنسى رقم ٧٢ — ٦٢٥ الصادر فى ١٩٧٢/٧/٥ ، فى المواد المدنية والتجارية ، والقانون الفرنسى الصادر فى ١٩٨٠/٧/١٢ بالنسبة للأحكام الصادرة من القضاء الادارى ضد الأشخاص الاعتبارية العامة (أنظر :

Vincent et Prévault op. cit., p. 22-23, No. 28; Baraduc Bénobent, l'astreinte en matiere administrative, D. 1981, Chorn. 95.

وانظر فى أحكام الغرامة التهديدية وقواعدها ، عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — ج٠٢ ، ص ٨٠٤ وما بعدها .

التهديدية ، يعد حكما تهديديا يقصد به الضغط على ارادة المدين لحمله على القيام بتنفيذ التزامه تنفيذا مباشرا اختياريا ، وهذه الغرامة ليست تعويضا عن التأخير فى تنفيذ الالتزام ، ومن ثم لا يلزم اثبات الضرر للحكم بها ، وانما هى مجرد وسيلة تهديد لحمل المدين على تنفيذ الالتزام أى عقوبة على عدم الاذعان لأمر القضاء ، ومن ثم فللقاضى أن يزيد مبلغها اذا بان له تعنت المدين أو ينقص منه اذا بان له غير ذلك • وتنص المادة ٢/٢١٣ من القانون المدنى على ذلك بالفعل بقولها انه اذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لحمل المدين على التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة • واذا تم التنفيذ العينى ، أو أصر المدين على عدم التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض النهائى الذى يلزم به المدين عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه ، مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين (م ٢١٤ مدنى)(٢٥) •

هذا ويثور التساؤل حول طبيعة الحكم الصادر بالغرامة التهديدية ، وهل يعتبر حكما قطعيا جائز التنفيذ بمقتضاه وذلك قبل أن يحدد القاضى نهائيا قيمة التعويض المستحق للدائن ؟ أم لا يعتبر كذلك ولا يجوز التنفيذ به ؟

ذهب الرأى السائد فى الفقه الفرنسى والمصرى الى عدم جواز

ابو هيف ، بند ٩ ص ١٧ وما بعدهما • ابو الوفا — اجراءات التنفيذ ، ط ٨ ، ١٩٨٢ ، ص ١٦ بند ٨ •

(٢٥) انظر تفصيلا فى طبيعة الحكم الصادر بالغرامة التهديدية ، احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام فى قانون المرافعات ، ط ٤ ، ١٩٨٠ ، بند ٢١١ وما بعدها • فتحى والى — التنفيذ الجبرى بند ٧١ ، ص ١٢٣ — ١٢٥ ، Vincent et Prevault, op. cit., No. 81, p. 24.

تنفيذ الحكم الصادر بالغرامة التهديدية ، اعتبارا بأنه حكم تهديدى(٣٦) ، فضلا عن أن الغرامة المحكوم بها معلقة على شرط هو عدم الوفاء بالالتزام، فلا تكون مستحقة الأداء لذلك ، كما أن مقدارها لا يعتبر معينا لأن القاضى يستطيع تعديله بالزيادة أو النقص .

ذهب بعض الفقه الحديث فى فرنسا(٣٧) يؤيده البعض فى مصر(٣٨) الى امكان التنفيذ بموجب الحكم الصادر بالغرامة التهديدية قبل التحديد النهائى لقيمة التعويض ، لأن تنفيذ الحكم يجعله أكثر فاعلية فى تهـديد المدين،فضلا عن أن الحكميولد للدائن حقا ماليا تتوافر فيه شروطالتنفيذ الجبرى ، لأنه موجود وحال الأداء ومعين المقدار ولا يغير من ذلك كون هذا التعيين مؤقتا ، اذ أن تأقيت التعيين لا يمنع من التنفيذ حيث أن

---

(٢٦) ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٢١/٢٠ بند ١١ . رمزى سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة ، ١٩٦٨ ، القاهرة ، بند ١٢٣ ، وجدى راغب ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى ، ص ٥٦ ، امينة النمر . احكام التنفيذ الجبرى وطرقه ١٩٧١ ص ٢٢٤ . أحمد ابو الوفا ـــ اجراءات .. ص ١٦ بند ٨ ، اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، جـ ٢ ، ١٩٦٧ بند ١٩ . فضلا عن ان الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية قد قطعت بعدم قابلية الاحكام الصادرة بالغرامة التهديدية للتنفيذ . جـ ٢ ص ٥٤١/٥٤٠ ، أنظر ما أشار اليه فنسان وزميله ، ص ٢٤ بند ٣١ .

(٢٧) Savatier J. : L'execution des condamnations au pay--ement d'une astreinte, D. 1951, Ch. p. 37-40.

وأحكام القضاء الفرنسى التى أشار اليها :

Cuche et Vincent Voies d'execution, 10éme éd. 1970, Dalloz, p. 16, cit No. 4.

(٢٨) فتحى والى ـــ التنفيذ ، بند ٧١ ، ص ١٣٥/١٣٤ . وتقريبا عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ص ٧٩ بند ٦٤ .

الحكم الصادر بمبدأ التعويض يمكن تنفيذه جبرا بالمبلغ الذى حدد فيه وحتى قبل صدور الحكم بالتعويض النهائى(٢٩) .

١٠ — (ب) الاكراه البدنى : La contrainte par corps

كان الاكراه البدنى ، عن طريق حبس المدين أو تقييد حريته(٣٠) ، أحد وسائل الحماية التنفيذية للحق الموضوعى فى العصور القديمة ، حيث لم يكن المدين فيها مسئولا عن ديونه فى ذمته المالية وحدها ، بل كان جسمه أيضا مما يجوز التنفيذ عليه ، عن طريق حبسه ، واسترقاقه والتصرف فيه عبدا بالبيع فى الأسواق ، وفاء لالتزامه . لقد كان جزاء الاخلال بالالتزام ، فى تلك العصور ، عقوبة بدنية ، فقد كان القانون الرومانى يخول الدائن ، عن طريق دعوى القاء اليد — سلطة أخذ مدينه رقيقا ، اذا لم يفى بالتزامه ولم يتدخل أحد للوفاء نيابة عنه ، ويكون له

---

(٢٩) راجع فتحى والى ، التنفيذ ، ص ١٣٤/١٣٥ ، محمد عبد الخالق عمر ، ص ٧٩ بند ٦٤ .

Vincent, Voies d'cxecution, Paris, Dalloz, 1976, No. 11 p. 22. Vincent et Prevaulte, op. cit., No. 31, p. 24.

(٣٠) انظر بحث للمؤلف بعنوان « الحبس فى الديون » بحث نشره مركز البحوث بكلية العلوم الادارية . جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٤٠٨هـ/ ١٩٧٨م . وانظر فى هذا الموضوع :

Sergeme : L'execution sur la personne, Tnése, Paris 1959, Deymes l'evolution jureidiqu de la contarinte par corps, Thèse, Toulouse, 1942; Merlin, Réperatoire de proc. civ. No. contrainte par corps.

ايهاب حسن اسماعيل ، احكام التنفيذ بطريق الاكراه البدنى ، المحاماه س ٤٠ ص ٦١٣ ومابعدها .

عليه حق ملكية ، يخوله التصرف المدين بالبيع رقيقا أو حبسه فى سجنه الخاص ، أو قتله فى بعض الأحيان [٣١] . ومع التطور الفكرى والحضارى منعت الانظمة قتل المدين واسترقاقه ، مكتفية بحق الدائن فى مطالبة حبس مدينه المماطل فى تنفيذ التزامه .

ولقد أجمع فقهاء الاسلام على جواز الحبس ومشروعيته فى سائر الديون ، متى كان المدين موسرا وامتنع عن أدائها ، اعتبارا منهم بأن مماطلة المدين فى الوفاء بما عليه مع قدرته على الوفاء ظلم يتعين رفعه ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » والعقوبة الحبس ، واللى « المطل » والواجد « الغنى » ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « مطل الغنى ظلم ، واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع » . والحبس لا يجوز باجماع أهل الرأى فى الشريعة الاسلامية الا بالنسبة للمدين الموسر فان كان معسرا فلا يجوز حبسه عملا بقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »[٣٢] .

ومع التطور الحضارى الذى بلغته مجتمعات اليوم ، وانتشار مبادىء الحرية ، لم يعد الاخلال بالالتزام جريمة تستوجب المساءلة الجنائية ، بل أصبح الانسان مسئولا عن التزاماته فى ذمته المالية وحدها ، وأن أمواله الثابتة فى ذمته هى الضامنة للوفاء بتلك الالتزامات ، تطبيقا

---

(٣١) محمود هاشم ، البحث السابق ، ص ٢ ، احمد ابو الوفا — اجراءات التنفيذ بند ٧ ص ١٤ ط ٨ ، فتحى والى ، ص ٦/٧ ، سليمان مرقس . شرح القانون المدنى — فى الالتزامات ١٩٦٤ ، ج ٢ بند ٦٠٥ ص ٥٨٩ ، يوسف نجم جبران . طرق الاحتياط والتنفيذ ، عويدات بيروت باريس ، ١٩٨٠ ص ٢٧ .

(٣٢) أنظر فى تفاصيل ذلك ، محمود هاشم ، الحبس فى الديون ، المشار اليه ص ٨/٩ ، ص ٣٣/٣٩ .

لفكرة الضمان العـــام Le gage commun التى صاغتها الأنظمة الحديثة(٣٣) .

فبعد أن كان الحبس جائزا فى النظام الفرنسى فى المواد المدنيـــة والتجارية ، فقـــد ألغاه المشرع الفرنسى فى تلك المواد بمقتضى القانون الصادر فى يوليو سنة ١٨٦٧م ، ولم يعد الحبس جائز فى النظام الفرنسى الاف نطاق المسائل الجنائية أى بالنسبة للغرامات amendes والتعويضات Demmages-intèretes والمصروفات Frais والتعويضات الناشئة عن الجريمة والمستحقة للمدعى بالحق المدنى (٣٤).

ولقد اختلفت الأنظمة العربية فيما بينها فى الأخذ بفكرة الحبس فى الديون ، فمن الأنظمة ما أخذت به فى الديون كافة ،من هذه الأنظمة النظام الكويتى (المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الجديد الصادر سنة ١٩٨٠) ، والنظام السعودى (المادة ٨ من القـــرار الوزارى رقم ٢٠

---

(٣٣) اذ تنص المادة ٢٣٤ من القانون المدنى المصرى على أن : « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم وفقا للقانون » وبنفس المعنى تنص المـــادة ٣٠٧ من القانون المدنى الـــكويتى . وفى ذلك تنص المادة ٢٧٤٠ من القانون المدنى الايطالى :

« il defitne rispone dell' adempimento delle affligazioni con tutti i soui beni presenti e futori».

والمـــادة ٢٠٩٢ من القانون المدنى الفرنسى

« Guionque est oblige personallement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, mobilliers et immofilieres, presents et a venir».

(٣٤) انظر : Vincent et prevault, op. cit. No. 17, p. 17. Glasson, Tissier et Marel, Traité Theorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence, et de procedure civile, Paris, Vol. IV, 1933, 3éme éd. No. 1421-1422.

وتاريخ ١٤٠٦/١/٢ الخاص بلائحة الاجراءات أمام ادارات الحقوق المدنية) ، والنظام البحرينى (المواد ٢٦٧ — ٢٧٢ من قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٧١) ، والنظام القطرى (المواد ٢٦٥ — ٢٦٨ من قانون المرافعات رقم ٥ لسنة ١٩٦٢) ، والنظام العراقى (المواد ٤٠ — ٤٩ من قانون التنفيذ الجديد رقم ٤٥ لسنة) ، وانظام الأردنى (بموجب المواد ٣٠ ، ١١٩ ، ١٣٣٠ من قانون الاجراء الأردنى رقم ٣١ لسنة ١٩٥٢) ، والنظام السودانى (المواد ١٦٠ ، ٢٣٩ وما بعدها من قانون المرافعات) والنظام المغربى (٣٥) .

ومن الأنظمة العربية ما لم يجز الحبس الاكراهى الا فى حالات محددة على سبيل الحصر ، تدور كلها حول ديون النفقة ، والديون الناشئة عن الجريمة(٣٦) .

---

(٣٥) أنظر فى تفاصيل الحبس الاكراهى فى هذه الأنظمة ، بحثنا الحبس فى الديون المشار اليه ، ص ٣٩ — ٥٠ .

(٣٦) من هذه الأنظمة النظام المصرى (المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، المادة ٥١١ من قانون الاجراءات الجنائية) والنظام الليبى (م ٢١٣ من قانون أجراءات المحاكم الشرعية الصادر سنة ١٩٥٨ ، المادة ٤٧٢ اجراءات الليبى) . والنظام التونسى بالنسبة للمبالغ المحكوم بها للدولة والناشئة عن الجريمة (م ٣٤٣ وما بعدها من قانون المرافعات الجنائى رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ والنظام الجزائرى فى ديون التجارة وحدها أو القروض التى تزيد على ٥٠٠ دينار (م ٤٠٧ وما بعدها من قانون المرافعات) والغرامات والمصروفات ومايجب رده من تعويضات (م ٥٩٩ من قانون الاجراءات الجزائية) . وسوريا ولبنان بالنسبة للتعويضات الناشئة عن الجريمة (م ٤٦٠ مرافعات سورى) وانظمة اخرى .

انظر تفصيلا بحث لنا — الحبس فى الديون ، المشار اليه ، ص ٥١ — ٦٣) .

ومما يدخل فى وسائل الاكراه البدنى منع المدين من السفر ، أى تقييد حرية المدين فى التنقل ، اكراها له على الوفاء بالتزامه وتنفيذه تنفيذا مباشرا وذلك فى الأنظمة التى لا تجيزه الا بالنسبة للدائن الذى يحمل بيده سندا تنفيذيا مثبتا لحقه مثل النظام العراقى (٣٧) .

١١ — (ب) التنفيذ غير المباشر : l' executis indirecte

اذا كان التنفيذ المباشر ، وعلى ما رأينا ، لا يخرج عن التنفيذ العينى للالتزام(٣٨) ، أى الذى يستهدف حصول الدائن على حقه ذاته ، أى أن يقوم المدين ، اختيارا بالوفاء بعين ما التزم به ، أو التنفيذ بذلك على نفقته ، فان التنفيذ غير المباشر هو التنفيذ الذى يقع على غير محل الحق الموضوعى المراد اقتضاؤه من المدين .

١٢ — حالاته : يكون التنفيذ غير المباشر فى حالتين هما :

استحالة التنفيذ العينى :

رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العينى لا يجب — كأصل — الا اذا كان ممكنا وملائما بغير تدخل شخصى من المدين فان كان تنفيذه غير ممكن أو غيرملائم أصلا، أو كان ملائما وممكنا ولكن بتدخل المدين،ولم تفلح معه وسائل الضغط عليه لاكراهه على التنفيذ العينى،ففى هذه الحالة لايكون أمام

---

(٣٧) أنظر دراسة تأصيلية للمنع من السفر ، حالاته فى التشريعات العربية ، وطبيعته القانونية . بحث لنا بعنوان المنع من السفر فى غير المواد الجنائية ، القاهرة ، دار الفكر العربى ١٩٨٥ . ونشرته المجلة العربية للفقه والقضاء ، الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب بجامعة الدول العربية ، العدد السادس اكتوبر — تشرين الأول ١٩٨٧ ص ٣٠ — ٩٥) .

(٣٨) رمزى سيف ، المرجع السابق ، ص ٨ ، احمد أبو الوفا ، ص ١٤ بند ٥ ، وجدى راغب النظرية العامة للتنفيذ القضائى ، ص ٢٣ . قارن من يقرر أن التفرقة بين التنفيذ المباشر والتنفيذ بنزع الملكية لا تقابل تماما التفرقة بين التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل (فتحى والى ، التنفيذ ص ١١ بند ٥ هامش (١) . وكذلك أنظر ، عبد الخالق عمر ، ط ٤ ، ص٤ ومابعدها .

الدائن الا التنفيــذ بمقابل ، وكذلك الامر اذا لم يعرض المدين التنفيذ العينى ولم يطلبه الدائن ، ففى هذه الحالات لايكون للدائن الا الحصول على ما يقابل حقه أى الحصول على مبلغ نقدى كتعويض عن عدم القيام بالتنفيــذ العينى للالتزام ، وذلك عن طريق الحجز على أموال المدين ، العقارية أو المنقولة ، وبيعها جبرا عن المدين ، واستيفاء مبلغ التعويض المحكوم به من المبلغ المتحصل من البيع الجبرى •

الحالة التى يكون محل الحق فيها مبلغا نقديا :

اذا كان محل الالتزام مبلغا نقديا معينا ، ولم يكن مع المدين هذا المبلغ ، فان التنفيــذ فى هذه الحالة يكون غير مباشر ، حيث أن الدائن يحصل على حقه ، بعد الحجز على أموال المدين ، المنقولة أو العقارية ، وهى ليست محلا لحقه الموضوعى • وبعد بيع هذه الأموال المحجوز عليها وتحولها الى مبالغ نقدية ، يستوفى الدائن منها حقه الموضوعى • وبذلك يحصل الدائن على حقــه عينا لأنه يحصـــل على محل حقه الموضوعى ذاته[٣٩] ، وهو المبلغ النقدى المحدد فى السند التنفيذى ، ولكن بعد اتخاذ اجراءات الحجز على منقولات أو عقارات للمدين لم تكن هى محل الحق المنفذ من أجله •

فاذا كان التنفيــذ العينى غير ممكن ، أو كان ممكنا ولكن بتدخل المدين الذى لم يستجب للتنفيذ ولا لوسائل الاكراه عليه ، أو كان محل الالتزام مبلغا من المال ، فان تنفيذ هذه الالتزامات فى هذه الحالات لابد

---

(٣٩) ولعل هــذا هو السبب الذى ادى بجانب من الفقه الى القول بأن التفرقة بين التنفيذ المباشر والتنفيذ بالحجز ونزع الملكية لا يتطابق تماما مع التفرقة بين التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل — فتحى والى — التنفيذ ص ١١ هامش ١ . عبد الخالق عمر — التنفيذ ص ٤ وما بعدها .

ولكن يكون غير مبـــاشر ، أى يتم عن طريق حجز بعض أموال المدين المنقولة أو العقارية ، وهى ليست بطبيعة الحال محل الحق الموضوعى المراد التنفيذ اقتضاء له ، وبعد نزع ملكية هذه الأموال المحجوز عليها وبيعهـــا ، تتحول الى مبالغ نقدية يستوفى منها الدائنـــون الحاجزون ديونهم .

ومحل التنفيذ غير المباشر لا يتحدد بمال معين من أموال المدين مثل التنفيذ المباشر ، وانما يرد على أى مال من أموال المدين [٤٠] .

متى كان مملوكا للمدين وقت الحجز ، وجائز التنفيذ عليه . وذلك تطبيقا لفكرة الضمان العام Le gage Commun المعروفة فى فقه القانون المدنى،حيث أن أموال المدين جميعها — وفقا لهذه الفكرة — ضامنة للوفاء بديونه . وأن جميع الدائنين متســـاوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم وفقا للقانون (م ٢٣٤ مدنى) .

١٣ — نطاق الدراسة :

تمثل قواعد التنفيذ القضائى واجراءاته فى المواد المدنية والتجارية موضوعا لهذا الكتاب ، وهى القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية . فيخرج من ثم عن نطاق هذه الدراسة ما يلى :

— **قواعد التنفيذ واجراءاته** فى المواد الجنائية: وهى تلك التى يتكفل بتنظيمها قانون الاجراءات الجنائية مع الاحاطة بأن الأحكام الصادرة بالغـــرامة يمكن تنفيذها اما وفقا لقواعد التنفيـــذ المقررة فى قانون المرافعات ، واما وفقا لقواعد التنفيـــذ الادارى (م ٥٠٥ من قانون الاجراءات الجنائية) .

---

(٤٠) انظر :
Mandrioli, l'azione esecutiva, Milano, Giuffré, 1955, No.108 p.556».

ـ قواعد التنفيذ واجراءاته فى المواد الادارية: وهى تلك التى يتكفل بتنظيمها القانون الادارى ، سواء كان ذلك بتنفيـذ القرارات الادارية ذاتها [٤١] أو بتنفيذ الأحكام الصـادرة عن القضاء الادارى بالغـاء القـرارات الادارية[٤٢] ، أو بالغاء القـررات الادارية والتعويض عنهـا[٤٣] .

هذا وينظم المشرع المصرى اجراءات خاصة بتحصيل ديون الدولة والأشخاص العـامة ، تكون فى مجموعها ما يعرف بالحجز الادارى ، ويجيـز القانون لهذه الأشخاص اللجوء الى تلك الاجراءات لاستيفاء حقوقها الثابتـة بالسندات التنفيذية ، ولو كانت أحكاما صادرة من جهة القضاء العادى .

وينظم الحجز الادارى قانون خاص به هو القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ وتعديلاته[٤٤] ، فضلا عن عدد من التعليمات الادارية الصادرة

---

(٤١) والتى تقـوم الادارة بتنفيـذها تنفيذا مباشرا دون حاجـة الى استصدار حكم قضائى بذلك (انظر فى ذلك محمد كامل ليلة ، نظرية التنفيذ المبـاشر فى القانون الادارى دراسة مقارنة ص ٦١) ، مالم تكن الادارة ممنوعة بنص خاص من اللجوء الى التنفيذ المباشر فى حالات معينة ، مثل تنفيذ قرارات هدم المبانى فى حالة الضرورة القصوى ، اذ يلزم لتنفيـذها الحصول على حكم من قاضى الأمور المستعجلة (المادة ٢/٢٦٥ من القـانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن .

(٤٢) والتى تنفذ بمعرفة الجهات الادارية ذاتها وفق قواعد واجراءات خاصة (عبد المنعم جيرة ، آثار حكم الالغاء) رسالة ، ص ٣٤٠ ومابعدها .

(٤٣) والتى تنفذ اما بطريق الحجز الادارى واما بقواعد التنفيذ المقررة فى قانون المرافعات .

(٤٤) بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٥٨ ، والقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٩ ، ٢٧ لسنة ١٩٧١ ، ٣٠ لسنة ١٩٧٢ .

عن بعض الأجهـزة الادارية تتعلق بكيفية تنفيذ اجـراءات الحجز الادارى([٤٥]) •

ومن المعلوم أن الحجز الادارى ، طريقة من طرق التنفيذ المباشر ، والتى أجاز القانون فيها للادارة اللجوء اليه لتحصيل ديونها الثابتة ، يترتب على ذلك لزوما القول بأن الحجز الادارى حق للادارة وليس واجبا عليهـا ، فقد تختار — حسب مصلحتها — اللجوء الى اجراءات التنفيذ القضائى المنظمة فى قانون المرافعات([٤٦]) •

واجراءات الحجز الادارى وقواعـده ، لن تكون محلا لدراستنا هذه ، تاركين دراستها الى المؤلفات الخاصة([٤٧]) •

نخلص الى أن هذا المؤلف ينحسر عن قواعد التنفيـذ واجراءاته فى المواد الجنائية وكذلك فى المواد الادارية ، ليقتصر على تلك القواعد المنظمة للتنفيذ فى المواد المدنية والتجارية •

ولما كان التنفيذ فى تلك المواد قد يكون تنفيذا مباشرا كما يمكن أن يكون غير مباشر ، فان هذا المؤلف يقف عند قواعد التنفيذ غير المباشر ، أى التنفيذ بالحجز ونزع الملكية ، •

والتنفيذ بالحجز ونزع الملكية ، قد يتم استيفاء لحق دائن معين من مدينه الذى لم يقم بالوفاء الاختيارى ، فيكون التنفيذ هنا تنفيذا

---

(٤٥)ومن اهمها تعليمات المراقبة العامة للتحصيل بمصلحة الضرائب، وتعليمات مصلحة الاموال المقررة وغيرها (انظر فتحى والى ، التنفـيذ ، ١٩٨١ ، ص ٧١٦ بند ٤٠٠) •

(٤٦) فتحى والى ط ١٩٨١ بند ٤٠١ ، ص ٧١٩/٧١٨ ، عبد الخالق عمر — ط ٤ ص ١٧ بند ١٧ •

(٤٧) منها ، عبد المنعم حسنى ، الحجز الادارى علما وعملا ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٢ ، كرم صادق ، التحصيل والحجز الادارى ، طبعة ثانية ١٩٦٢ . وانظر ايضا فتحى والى ط ١٩٨١ ، ص ٧١٥ — ٨٢٣ •

فرديا • وقد يتم التنفيذ استيفاء لحقوق كل دائنى المدين عندما تضطرب أحوال هذا المدين ، الأمر الذى يؤدى الى اعساره أو شهر افلاسه ، فتنشأ الحاجة الى حماية حقوق كل الدائنين ، عن طريق تصفية ذمة المدين، فيكون التنفيذ هنا تنفيذا جماعيا(٤٨) • ومثاله نظام شهر افلاس التجار •

ونقتصر فى هذا المؤلف على قواعد التنفيذ الفردى غير المباشر واجراءاته •

١٤ — التنظيم التشريعى للتنفيذ الجبرى :

جاءت قواعد التنفيذ الجبرى فى الكتاب الثانى من مجموعة المرافعات المدنية والتجارية رقم١٣ لسنة١٩٦٨ ، فى المواد (٢٧٤ — ٤٨٦) • وجاءت هذه القواعد موزعة على أربعة أبواب ، خصص للباب الأول منها للأحكام العامة (المواد ٢٧٤ — ٣١٥) ، عالج فيها المشرع قاضى التنفيذ ، ثم السند التنفيذى وما يتصل به ، النفاذ المعجل ، تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية ، محل التنفيذ ثم اشكالات التنفيذ • أما الباب الثانى (المواد ٣١٦ — ٣٥٢) فخصصه المشرع للحجوز التحفظية : الحجز التحفظى على المنقول ثم حجز ما للمدين لدى الغير ، وفى الباب الثالث (المواد ٣٥٣ — ٤٦٨) تحدث عن الحجوز التنفيذية ، التنفيذ بحجز المنقول لدى المدين وبيعه ، حجز الأسهم والسندات والايرادات والحصص وبيعها ، ثم التنفيذ على العقار ، وبعض البيوع

---

(٤٨) انظر :

Saisie Callective

Ripert George, Traité élémentaire de droit commercial, 4e éd. L.G.D.J. 1961, par P. Durand et R. Roblat V. II, p. 257, No. 2517. Baron-Louis - Fredericq; Précis de droit commercial, Bruylant-Bruxelles, 1970, p. 513 No. 488.

الخاصة • أما الباب الرابع والأخير (المواد ٤٦٩ ــ ٤٨٦) فقد خصصه المشرع لاجراءات توزيع حصيلة التنفيذ وقواعدها •

١٥ ــ طبيعة القواعد المنظمة للتنفيذ :

واذا كان المشرع المصرى قد أورد القواعد المنظمة للتنفيذ ضمن القواعد المنظمة للقضاء المدنى ، أى قواعد قانون المرافعات ، ولم يخص التنفيذ بقانون مستقل ــ كما فعلت بعض الأنظمة • فان ذلك يؤدى منطقيا الى القول بأن هذه القواعد (المتعلقة بالتنفيذ) لا تعدو أن تكون مجموعة من قواعد قانون القضاء المدنى ، فتأخذ لذلك طبيعتها وأحكامها ، من حيث خصائص هذه القواعد ، ومن حيث سريانها مكانا وزمانا [٥١] •

واذا كان المشرع قد حدد طرقا معينة للتنفيذ ، وكذلك الاجراءات التى يجب اتباعها لسلوك كل طريق ، والمواعيد الواجب اتخاذها فيه ، فان ذلك لا يؤدى الى القول بأن هذه القواعد ، وبكل نصوصها ، تعد قواعد آمرة ، وتتعلق لذلك بالنظام العام • حيث أن من قواعد التنفيذ ما هو مقرر لمصلحة الخصوم ، ومن ثم فلا تعتبر هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، ومن القواعد ما هى مقررة لمصلحة غير الخصوم ، فتعتبر هذه القواعد متلعقة بالنظام العام ، وذلك على تفصيل نورده فيما بعد •

والأمر الذى تجب مراعاته فى هذا الخصوص ، هو أن المشرع قد نظم الوسائل التى تكفل حماية الحقوق والمراكز القانونية تنظيما محكما ، وبالتالى فلا يكون لصاحب الحق ــ وصولا الى هدفه ــ الا اتباع هذه الوسائل باجراءاتها ، فليس له سواها ، حتى ولو اتفق مع المدين • وعلى ذلك ليس للدائن ولو اتفق مع المدين أن يتملك مالا معينا من أموال

---

(٤٩) انظر تفصيلا فى خصائص قواعد قانون القضاء المدنى وسريان احكامه • مؤلفنا قانون القضاء المدنى ١٩٩٠ م •

المدين ، عند عدم قيــام المدين بالوفاء بالتزامه • فقد أبطل القانون هذا الاتفاق والمعروف بشرط التملك عند عدم الوفاء Acte commissoire كما لا يجوز للدائن أن يبيع أموال مدينه — استيفاء لحقه من ثمنها — بغير اتبــاع الاجراءات المنصوص عليها فى هذا الشأن • وليس له ذلك ولو اتفق مع المدين على ذلك • فقد أبطل المشرع شرط الطريق الممهد Clause de voie parée وقد نصت المادة ١٠٥٢ من قانوننا المدنى على بطلان هذين الشرطين ، حيث نص على أنه « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن » •

ولكن يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه لاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » •

١٦ — خطة الدراسة ومنهجها :

جاء التنظيم التشريعى لقواعد التنفيذ الجبرى واجراءاته بعيدا عن المنهج العلمى السليم ، وفى ترتيب غير منطقى ، حيث أنه من ناحية عالج مسائل لا شأن للتنفيذ الجبرى بها ، مثل قواعد بيع عقار المفلس وعديم الأهلية ، الا أنها تباع بالاجراءات ذاتها التى يباع بها العقار فى التنفيذ الجبرى (المواد ٤٦٠ — ٤٦١) وكذلك عالج قواعد بيع العقار المملوك على الشيوع (م ٤٦٤ — ٤٦٨) • ومن ناحية أخرى لم يعالج موضوعات لا شك فى تعلقها وأهميتها للتنفيذ الجبرى ، مثل اجراءات التنفيذ المباشر (العينى) ، حيث اقتصر على النذر اليسر منها والتى لا تغنى عن التنظيم الواجب لها شيئا •

فضلا عن أن المشرع قد عالج الحجوز التحفظية قبل أن يعــالج الحجوز التنفيذية ، وأحال بالنسبة لاجراءات الأولى على ما ذكره بالنسبة

الاجراءات الثانية ، مع أن الاحالة منطقيا وفنيـا تكون من اللاحق على السابق وليس العكس • كما أنه قد تحدث عن منازعات التنفيذ قبل أن يتحدث عن اجراءاته •

وازاء هذه العيوب الفنية التى شابت التنظيم التشريعى لقـواعد التنفيذ الجبرى واجراءاته ، فاننا لن نساير المشرع فى منهجه رغم أهمية ذلك من الناحيـة العملية ، وانما نتبع منهجا علميـا فى تقسيماتنا لهذه الدراسـة •

وواقع أن الدراسة العلمية لقواعد التنفيذ الجبرى ، تقتضى منا البدء فى تحديد السبب المنشىء للتنفيذ الجبرى فى ذاته ، ونقصد به الحق فى التنفيذ الجبـرى • ثم نتحدث بعد ذلك عن الخصـومة التى تتولد عن استعمال هذا الحق وهى خصومة التنفيذ الجبرى • فالتنفيذ الجبرى شأنه شـأن التقاضى ، فكما أن القانون ينظم الدعوى باعتبارها حقا مستقلا ، كوسيلة للحصول على الحماية القضائية ، الموضوعية أو الوقتية، ثم ينظم بعد ذلك اجراءات الحصول على هذه الحمـاية (الخصـومة القضائية Instance أو العريضة Arrêt) ؛ فان القانون ذاته ينظم الحق فى التنفيذ الجبرى باعتباره الوسـيلة للحصـول على الحمـاية التنفيذية ، ثم ينظم بعد ذلك اجراءات الحصـول على هـذه الحماية (خصومة التنفيذ) •

ومن الطبيعى ــ بعد ذلك ــ أن ترد هذه الدراسة فى جزئين نخصص الأول للحق فى التنفيذ ، والثانى لخصومة التنفيذ •

واذ نقدم هذه الطبعة لدارسى القانون وطلاب المعرفة القانونية ، لنرجو أن نكون قد وفقنا ــ بتوفيق من الله ــ فى عرض موضوعاتها فى يسر ووضوح ، وأن يجد فيها القارىء العزيز ضالته للوقوف على أدق موضوعات القانون وأكثرها لزوما وحدوثا فى العمل بما تثيره من مشاكل وعقبات ، وأن تحقق ما قصدنا اليه • ونرجوا أن يغفر القارىء ان وجد تقصيرا أو خطأ ، فالكمال لله وحده ، وبالله التوفيق •

الجـــزء الأول

الحق فى التنفيـــذ الجبرى

Droit D'exécution Forcée

- مفهوم الحق فى التنفيذ .
- المصدر المنشىء للحق فى التنفيذ .
- مقدمات التنفيذ .

١٧ ــ تمهيد وتقسيم :

كان على الدولة ــ وقد منعت الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم أن تيسر لهم وسيلة لحماية حقوقهم من الاعتداء عليها • وفعلا قامت الدولة بانشاء القضاء وأجهزته ، وأعطته من السلطات والضمانات ما يكفل له أداء رسالتــه فى شأن حماية حقوق الأفراد وحرياتهــم • واعترفت للأفراد ــ دون تمييز بينهم ــ بحق الالتجاء اليه طلبا لحمايته •

ويسرت سبل الالتجاء الى القضاء ، بأن اعترفت لمن اعتدى على حقه أو مركزه القانونى بحق الدعوى Droit d'action للحصول على حكم محقق لحمايته •

غير أن هذا الحق قد لا يحقق للفرد الحمــاية المنشــودة وهى الانتفاع الفعلى بمنافع حقه ، نظرا لأن مظاهر الاعتداء على الحق ماتزال قائمة ، ولابد من ازالتها • لهذا كان ضروريا أن يعترف المشرع للفرد بحق آخر يتيح له الانتفاع بمزايا حقه بازالة مظاهر الاعتداء عليه •

وهذا الحق هو ما نسميه « الحق فى التنفيذ Droit d'exécution

والدراسة العلمية للحق فى التنفيذ الجبرى تقتضى منا أن نتكلم عن مفهوم هذا الحق ، ثم عن مقومات وجوده ، أى المصدر المنشىء له • والذى يتمثل فى السند التنفيذى • والذى يكاد يجمع فقه المرافعــات على أنه سبب الحق فى التنفيذ أو سبب التنفيذ بالمعنى العام • واذا سلمنا جدلا مع هذا الفقه بأن السند التنفيذى هو سبب الحق فى التنفيذ ، فان هــذا السبب لابد أن يؤخذ بمعنى المصدر المنشىء لهذا الحق ، وليس بمعنى السبب الدافع الى مباشرة هذا الحق ، لأن السبب بالمعنى الأخير لا يمكن أن يكون هو السند التنفيذى بل لابد ــ أعمالا للقواعد العامة ــ أن يكون هو الاعتداء على الحق الموضوعى محل السند التنفيذى • أى المصلحة

الواقعية من اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى • اعمالا للمادة الثالثة من قانون المرافعات •

والمصلحة الواقعية فى الحق فى التنفيذ الجبرى تتمثل فى عدم الوفاء بالحق الموضوعى أى عدم الوفاء الاختيارى • والذى نظم المشرع اجراءات اثباته التى تتمثل فى مقدمات التنفيذ •

وعلى ذلك ينقسم هذا الجزء الى أبواب ثلاثة • نخصص الأول لبيان مفهوم الحق فى التنفيذ • ونتكلم فى الثانى عن المصدر المنشىء لقيام الحق فى التنفيذ ، ونختتم هذا الجزء بالحديث عن مقومات التنفيذ باعتبارها سببا للحق فى التنفيذ ، أو بعبارة أدق سببا لاستعماله أو مباشرته •

الباب الأول

مفهـــوم الحق فى التنفيـــذ

الفصل الأول

تعـــريف الحق فى التنفيـــذ

١٨ ــ الحق فى التنفيذ فى الأنظمة الوضعية :

اذا كان المشرع قد أعطى للأفراد والذين قامت بهم الحـــاجة الى الحصول على الحماية القضائيـــة ، حق الدعوى للحصول بواسطتها على هذه الحماية عند الاعتداء على حقوقهم ، أو التهديد بالاعتداء عليهـــا . فأن المشرع لم يقف عند هذا الحد ، بل أعطاهم حقا آخر هو الحق فى التنفيذ ، يستطيعون بواسطته الحصول على الحماية التنفيـــذية للحق الموضوعى حتى يتمكنوا من الاستئثار بمنافع ومزايا حقوقهم الموضـوعية.

ومن هذا يتضح أن الحق فى التنفيذ ليس الا سلطة قانونية يعترف بها المشرع لشخص معين (الذى بيده سند تنفيذى) ، يستطيع بهـــا تحريك النشاط القضـــائى للدولة للحصـــول الفعلى على منافع حقـــه الموضوعى ، وذلك جبرا عن المدين[1] . فالحق فى التنفيذ اذن وسيلة تحقيق القانون فى الواقع الاجتماعى .

والحق فى التنفيذ Droit d'exécution يطلق عليه الفقـــه الايطالى دعوى التنفيذ Azione eseutiva بالمقابلة الى دعوى

---

(١) أنظر فتحى والى ــ المرجع السابق بند ١١ ص ٢١ . وجـــدى راغب ، النظرية العـــامة للتنفيذ الجبرى . ص ٢٢ هامش (١) . كوستا ص ٦٢ ، ٦٣ بند ٤٥ . لوجواندريا . ص ٨ ، ٩ .

التحقق: Azione di congnizione • غير أننا نفضل اصطلاح الحق فى التنفيذ لغرابة دعوى التنفيذ فى لغتنا القانونية(٢)•

واذا كان الحق بصفة عامة عبارة عن مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون ، فان الحماية القانونية بذلك تعد عنصرا من عناصر الحق ، فالحق اذا لم يكن محميا فلا يعتبر حقا • ولا نذهب لذلك مع من ذهب(٣) الى القول بأن الحماية القانونية ، رغم أهميتها بالنسبة للحق ، لا تدخل عنصرا فى تكوينه • اذ أن الرابطة القانونية فى نظر أنصار هذا الرأى تنشأ سابقة وخارجة على الحماية القانونية ، ويدللون على صحة ما ذهبوا اليه ، بأن معظم الروابط القانونية تعيش خارج الحماية القانونية ، فالرابطة التى تنشأ بين الدائن والمدين ، انما تنشأ ، وتعيش وتنقضى ، خارج الحماية القانونية ، اذا قام المدين بالوفاء اختيارا بما هو ملتزم به ، والمالك الذى يقوم باستعمال واستغلال ما يملكه ، بل ويتصرف فيه دون أن ينازعه أحد ، انما نشأ وعاش حق كل منهما خارج الحماية القانونية ودون أن تكون عنصرا فيه •

ولكن هذا الرأى على اطلاقه غير صحيح ، ذلك لأن الحماية تعد ولا شك عنصرا من عناصر الحق • واذا كان صحيحا أن الحماية القانونية تأتى من الخارج ، فانها تأتى من الخارج لتنضم الى المصلحة ، ليكونا معا الحق(٤) •

فالحماية القانونية اذن تمثل عنصرا من عناصر الحق ، وهى تمثل ذلك حتى ولو لم يحدث اعتداء على الحق ، فصاحب الحق انما يستأثر

---

(٢) فى هذا المعنى فتحى والى — التنفيذ ، ص ٢١ هامش (٢) •

(٣) Satta Salvatore/premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata in Riv. proc. civ. 1932 I, p. 360.

(٤) فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ١٨ بند ٨ •

بمنافع ومزايا حقه ، اما بنفسه ، واما بواسطة غيره من الناس ، متمتعا بحماية القانون باعتباره صاحب الحق . وعندما يتم الاعتداء على الحق ، كان لصاحبه سلطة حماية حقه ، عن طريق القضاء ، والذى يقوم بتطبيق الجزاء القانونى المقرر للقاعدة القانونية عند مخالفتها(٥) .

١٩ — صور الحماية القضائية :

رأينا فيما سبق ، أن القضاء يقوم بتحقيق القانون فى الواقع الاجتماعى ، وذلك تسييرا للنظام القانونى فى الدولة ، وذلك اذا ما تعرض هذا النظام لعائق أو عارض يحول دون تسييره سيرا عاديا منتظما .

ولا يقدم القضاء وهو يقوم بوظيفته صورة واحدة من الحماية القضائية ، بل يقدم صورا متعددة ومتباينة بحسب تعدد وتباين ما يعترض النظام القانونى من عوارض ، تمنع استمراره فى حماية الحقوق والمراكز القانونية(٦) . وتوجد ثلاث صور للحماية القضائية :

١ — الحماية الموضوعية (القضاء الموضوعى) :

أن تحقيق الاستقرار القانونى يتطلب بالضرورة معرفة الأفراد لحقوقهم ومراكزهم القانونية، معرفة أكيدة، تمكنهم من ممارسة حقوقهم، والانتفاع بمزاياها ، على نحو لا لبس فيه ولا غموض . واذا كان ذلك ، يجب أن يتم بطريقة تلقائية ، من خلال نشاط الأفراد اليومى ، الا أن ذلك لا يتحقق غالبا ، اما لجهل بعض الأفراد بقواعد القانون ، واما لمنازعة بعض الأغيار للبعض الآخر فى الحقوق أو المراكز القانونية ، وهنا تظهر

---

(٥) فتحى والى — بند ٨ ، ص ١٨ .

(٦) انظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا ، قانون القضاء المدنى ١٩٨١ ، جا ص ٨٨ وما بعدها . وجدى راغب ، رسالة عن العمل القضائى — ١٩٧٤ ، ص ٨١ ، وفى صور الحماية القضائية ، مؤلفنا المذكور ص ١٠٤ ومابعدها فتحى والى — الوسيط بند ٦٦ .

مشكلة تجهيل الحقوق والمراكز القانونية ، الأمر الذى يتطلب — تحقيقا للاستقرار القانونى — ازالة هذه المشكلة ، بتأكيد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى • وهنا يتدخل القضاء لازالة هذا العارض ، الذى يقدم الرأى القانونى الذى يحقق هذا الاستقرار والذى يتقيد به الخصوم •

وهذا الرأى القضائى الذى يحقق هذه الحماية الموضوعية : هو الحكم القضائى الذى يعتبر عملا قضائيا بالمعنى الدقيق ، مرتبا حجية الامر المقضى ، والتى تمنع الخصوم من اثارة المنازعة من جديد حول ما قضى به من وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى •

والعمل القضائى فى هذا الخصوص قد يقتصر على مجرد تقرير وجود أو نفى الحق أو المركز القانونى ، ويسمى العمل هنا بالحكم التقريرى البحت Jugement declaratoire ومن أمثلته الحكم الصادر فى دعوى البطلان أو فى دعوى الاستحقاق • وقد لا يقتصر الأمر على مجرد التقرير البحت ، بل يتعدى ذلك الى احداث تغيير فى حقوق الأفراد أو مراكزهم القانونية ، ويسمى الحكم ، فى هذه الحالة ، الحكم المنشىء Jugement constitutif ، ومن أمثلته الحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، أو الحكم الصادر بتعديل نطاق العقد بسبب من الأسباب•وأخيرا قد يقضى الحكم بالزام المحكوم عليه بأداء معين ، يكون محلا للتنفيذ الجبرى ، فيكون الحكم عندئذ حكما بالالزام(٧) •
Jugement de condamnation

---

(٧) انظر عرضا لهذه الصورة من صور الحماية مؤلفنا فى قانون القضاء المدنى ، ص ١٠٥ — مبادىء القضاء المدنى ١٩٨٧ ص ٤٨ وما بعدها ، فتحى والى ، قانون القضاء المدنى — الطبعة الاولى سنة ١٩٧٣ ص ٢١٧ ومابعدها . والوسيط بند ٦٦ .

٢ ـ الحماية الوقتية :

قد تتعرض ـ فى حالات معينة ـ بعض الحقوق للضياع ، وبعض المصالح للتهديد ، واذا ما انتظر أصحابها ، حتى تمام الحصول على الحماية الموضوعية ، خاصة وأن اجراءات الحصول عليها كثيرا ما تستغرق وقتا طويلا ، لتعدد وتشعب وتشابك اجراءات الحصول على هذه الحماية ، الأمر الذى يولد خطر فوات الحماية القانونية للحق أو المركز القانونى. وازالة لهذا الخطر الذى يتهدد الحقوق أو المراكز القانونيــة من فوات الوقت ، يتدخل القضاء ، بمنح حماية وقتية وسريعــة للحق أو المركز القانونى لحين الحصول على الحماية الموضوعية ، وتتمثل هذه الحمــاية الوقتية فى اتخاذ تدبير عملى وقائى يمنع وقوع الضرر النهائى(٨) الذى يتهدد الحق أو المركز القانونى • والأحكام الصادرة باتخاذ هذه التدابير تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق ، ومن ثم ، تحوز حجية الأمر المقضى، وتمنع من اعادة المنازعة فيما صدر فيه الحكم اذا لم تتغير الظروف التى صدر فيها ، وان كان هذا الحكم الوقتى لا يحوز حجيته أمام القضــاء الموضــوعى ، فان ذلك لا ينفى عنه طبيعته القضائيــة لأن حجية الأحكام هى حجية نسبية تقتصر على الدعوى التى صدر فيها موضوعا وخصوما وسببا • وأن الحكم الوقتى ، انما يصدر فى دعوى وقتية ، تختلف كلية عن الدعوى الموضوعية • ولهذا فمن الطبيعى ألا يحوز الحكم الوقتى حجيته فى دعوى أخرى هى الدعوى الموضوعية(٩) •

---

(٨) انظر وجدى راغب ـ المرجع السابق ص ٦٢ •

(٩) انظر محمود هاشم قانون القضــاء المــدنى ، جا ، ص ١٢٧ وما بعدها بند ٦٤ . وبحث للمؤلف فى استنفاد ولاية القاضى المدنى ، ص ٢٥٢ بند ٩٨ وما بعدها ، وانظر زانزوكى ، جزء أول ص ١٦٦ . كوستا ، بند ١٨٤ ، ميكيلى ، جا ، ص ٨٤ .

٣ — الحماية التنفيذية :

لايقف القضـــاء عند حد منح الحماية القضائيـــة الموضوعية ، أو الوقتية ، للحق أو المركز القانونى ، وانما يتســـع دوره الى حد منح الحماية التنفيذية لهذا الحق أو المركز القانونى ، ذلك لأن الاعتداء على الحق ، لا يقف عند مجرد المعارضة فى وجوده ، حتى يكفى لازالة هذا الاعتداء مجرد صدور حكم تقريرى بحت يمنـــع هذه المعارضة أو حتى حكم منشىء ينشىء حقا أو مركزا أو يقضى عليه أو يعدل فيه .

اذ يتخذ الاعتداء فى كثير من الأحيـــان صورة تغيير مادى لمركز واقعى،بحيث يصبح هذا المركز مخالفا للمركز القانونى،وغير مطابق له، وفى هذه الحالة لا يكفى لرد الاعتداء مجرد صـــدور حكم موضوعى ، وانما لابد من اتخاذ مجموعة من الاجراءات لاعادة مطابقة المركز الواقعى للمركز القانونى(١٠) .

ويقوم القضـــاء باتخاذ هذه الاجراءات — اعمالا لفكرة الجزاء القانونى — بناء على طلب صاحب المصلحة فى هذه الحماية . وهكذا يكفل القانون الحماية التنفيذية للحقوق والمراكز القانونية ، وهى تعتبر صورة من صور الحماية القضائية(١١) .

فاذا أنكر شخص ملكية آخر لعقار معين،فانه يكفى لرد هذا الانكار صدور حكم موضوع — فدعوى ملكية — يؤكد ملكية هذا العقار للشخص الذى أنكرت ملكيته ، ولكن اذا كان الأول قد وضع يده على عقار الثانى بالفعل فان الاعتداء هنا لم يقف عند مجرد الانكار وانما وصل الى حد تغيير مادى مخالف للحق ، ولا يرد هذا الاعتداء الا بطرد الغاصب من العين وتمكين المالك منها فعلا ولن يتم ذلك الا عن طريق التنفيذ الجبرى .

---

(١٠) انظر فتحى والى — المرجع السابق ص ١٩ ، وجدى راغب ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(١١) راجع محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ط ٣ سنة ١٩٧٧ ، ص ٨٧ . فتحى والى — التنفيذ الجبرى ، بند ١٠ ص ١٩ — ٢١ .

فالمشرع قد فطن الى أن الحماية الكاملة للحق أو المركز القانونى ، لا تتحقق بمجرد حصول صاحب الحق على حكم قضائى مؤكد لهذا الحق ، وانما يلزم تنفيذ هذا الحكم حتى يستطيع صاحب الحق أن ينتفع بمزايا حقه،فأعطاه الحق فى التنفيذ ، بمقتضاه يستطيع تحريك النشاط القضائى فى الدولة لتمكينه من الاستئثار بمزايا حقه والانتفـاع بسلطات مركزه القانونى ، بتنفيذ الحق ، رغما عن ارادة المدين ، أو المحكوم عليه . وذلك اعمالا لفكرة الجـزاء المقدر فى القاعدة القانونية التى خالفها المدين أو المحكوم عليه(١٢) .

لا يعطى المشرع للفـرد الحق فى التنفيذ(١٣) الا اذا كان فى حاجة الى الحماية التنفيذية . أى كان هناك اعتداء على حقه باحداث تغيير مادى فى المركز الواقعى يختلف عن المركز القانونى . الأمر الذى يتطلب تدخل القضاء لاعادة التوافق بين المركزين ، بين الواقع والقانون ، وذلك طريق الاعمـال الفعلى للجزاء القانونى المترتب على مخالفـة أحكام القانون .

٢٠ ــ الحق فى التنفيذ فى الفقه الاسلامى :

اذا كانت الأنظمة الوضعيـة قد اعترفت للافراد بحقهم فى التنفيذ الجبرى اذا توافرت مفترضاته وشروطه ، عن طريق نشاط الدولة ، أى عن طريق القضاء . فهل عرف الفقه الاسلامى فكرة هذا الحق ؟

ان المتتبع لكتابات الفقه الاسـلامى ــ بمذاهبه المتعددة ــ يجد خلافا كبيرا بين فقهائه حول حق الشخص فى اقتضاء حقه . وهل له ذلك بنفسه أم يلزم اللجوء الى القضاء ؟ وفرق هؤلاء الفقهاء فى الحقوق بين

---

(١٢) راجع ــ محمد عبد الخـالق عمر ــ مبادىء التنفيذ ، سـنة ١٩٧٧ ، ص ٨٧ .

(١٣) والذى يعرفه البعض بأنه « الحق فى الزام المدين بتنفيذ والتزم به أى بقيامه بالوفاء ، وسببه هو أصل حقه » أحمد أبو الوفا اجراءات التنفيذ ــ الطبعة الثامنة ١٩٨٢ ، بند ٢ ص ١١ .

ما يمكن اقتضاؤها دون الالتجاء الى القضاء باتفاق الفقهاء مثل الحقوق الواردة على الأعيان : منقولات أو عقارات . مالك العقار يسترده من غاصبه ، والمنقول من سارقه ، بشرط ألا يترتب على ذلك فتنة أو مفسدة. كذلك حقوق النفقة المقررة للزوجة والأولاد : فيجوز استيفاؤها بلا دعوى. وبين الحقوق التي لا يمكن لأصحابها استيفاؤها الا بدعوى عند قاض أو محكم ، مثل عقوبة لآدمي (كقصاص أو حد قذف) لعظم خطرها ، والنكاح والطلاق والرجعة ، وسائر العقود والفسوخ وحقوق المال على منكر أو مقر ممتنع[14] .

أما الحقوق الأخرى فقد اختلف بشأنها الفقهاء ، فقد ذهب الشافعية والمالكية الى اعطاء الدائن حق استيفاء دينه بلا دعوى من مال المدين ، على أن يحصل منه على قدر حقه ، سواء كان المال من جنس الحق أو من غير جنسه . أما الأحناف فقد أجازوا للدائن أن يأخذ من جنس حقه قدر ماله دون ترافع الى القضاء . أما الحنابلة قد اشترطوا الدعوى في كل شيء ، فلا يجوز للدائن أن يقتضي دينه جبرا من المدين قبل الرجوع الى القضاء[15] .

---

(١٤) الرملي — نهاية المحتاج جـ ٨ ، ص ٣١٤ ، الخطيب ، مغنى المحتاج ، جـ٤ ، ص ٤٦١ ، وما بعدها ، ابن قدامه ، المغنى ، جـ٩ ، ص ٣٢٥ ، مؤلفنا اجراءات التقاضي والتنفيذ ، عمادة شئون المكتبات — جامعة الملك سعود — الرياض ، الطبعة الاولى ١٩٨٩ ، ص ٢٣٠ بند ١٧٤

(١٥) انظر في ذلك كله ، مؤلفنا اجراءات التقاضي والتنفيذ ، الاشارة السابقة وما أشرنا فيه الى مراجع في الفقه الاسلامي .

الفصل الثانى

طبيعة الحق فى التنفيذ

٢١ ـ تحديد وتقسيم :

اذا كان الحق فى التنفيذ هو السلطة القانونية المخولة لشخص معين لتحريك نشاط الدولة ، لتحقيق القانون ، وتطبيق الجزاء المقرر على مخالفته . للحصول الفعلى على حقه ومنافعه وامتيازاته . رغما عن ارادة الشخص المخالف .

فقد ثار الجدل الفقهى على طبيعة هذا الحق . هل هو حق متميز قائم بذاته ومستقل عن حق الدعوى ، أم أن الحق فى التنفيذ هو ذاته الحق فى الدعوى ، ومن ناحية أخرى ، هل الحق فى التنفيذ حق قائم بذاته عن الحق الموضوعى الذى يحميه ، أم أنه ذاته الحق الموضوعى ؟ الاجابة على هذه التساؤلات هى موضوع هذا الفصل .

المطلب الأول

الحق فى التنفيذ وحق الدعوى

٢٢ ـ تحديد الخلاف :

اختلف الفقهاء حول مدى استقلال الحق فى التنفيذ Droit d'exécution عن الحق فى الدعوى Droit d'action أو مدى استقلال دعوى التنفيذ Azione d'esecuzione عن دعوى الحكم أو التحقيق Azione di cognzione فى الفقه الايطالى ، وذلك على اعتبار أن

كلا منهما تمثل مرحلة من مراحل الحماية القضائيـــة . وتشعبت الآراء في هذا الخصوص(١) ، الا أنه يمكن اجمال هذا الخلاف في اتجاهين هما :

٢٣ — الأول : وحدة الحق في الدعوى والحق في التنفيذ :

ذهب أنصـــار هذا الاتجاه الى انكار وجود الحقين ، اعتبارا بأنه لا يوجد — في نظرهم — سوى حق واحد يتضمن الحقين معا ، وبالتالي يفقد كل حق منهما ذاتيته واستقلاله لاندماجه في الآخر .

ورغم اتفاق أنصار هذا الاتجاه على تلك النتيجة،الا أن مايستندون اليه — للوصول اليها — ليس واحدا ، وذلك على النحو الآتي :

١ — ذهب بعضهم(٢) الى القول بأن الحق الموضوعي يتحول برفع الدعوى الى أمل في الحكم المنتظر ، ومتى صـــدر الحكم تحولت الدعوى الى حق في التنفيذ الجبري . ويخلص صاحب هذا الرأي الى أن الحق في التنفيذ كان موجودا قبل صدور الحكم وحتى قبل رفع الدعوى به الى القضـــاء ، أما الحكم الذي صدر فيهـــا لا يعدو أن يكون عنصرا لتحويل الدعوى الى حق في التنفيذ ، متحدا مع الواقعة الأساسية .

٢ — بينما ينكر الفقيـــه الايطالي « ساتا » ـــــ ما يسمى بالحق في الدعوى ، ويسلم بوجود الحق في التنفـــيذ ، الذي هو الحق في الحصول على حكم بالزام المدين بأداء معين ، وعلى تنفيذ هذا الحكم ، ومن ثم فالحق في التنفيذ يوجد قبل صدور الحكم ويشتمل على الحق في الدعوى(٣) .

---

(١) انظر تفصيلا لهذا الخلاف ، محمد عبد الخالق عمر ، مبادىء التنفيذ بند ٩٨ ، ص٨٨ ، فتحي والي — التنفيذ بند ١١ ص ٢١ ومابعدها .

(٢) الفقيه الالمـــاني جولد شميت . وانظر في عرض نظريته ، فتحي والي رســـالة في نظرية البطلان في قانون المرافعات ، ص ١٩٥٩ ص ٤٤ وما بعدها ، التنفيذ الجبري ، بند ١٢ ص ٢٢ .

(٣) انظر « ساتا » Satta : Promesse generali alla dottrine della esecuzione forzata in riv. proc. civ. 1932, p. 333-334.

— فتحي والي — التنفيذ ، ص ٢٢ .

٣ — وفى الاتجاه نفسه يذهب الفقيه الايطالى « ماندريولى »(٤) Mandriole الى أن حماية الحق الموضوعى تقتضى فضلا عن الحق فى الدعوى ، اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى • ويعتبر التنفيذ هنا مجرد مرحلة من مراحل الدعوى ، ولا يوجد أى خلاف بين الحق فى الدعوى والحق فى التنفيذ ، وانما تجمعهما معا وحدة القواعد التى تطبق عليها مما ينبغى جمعهما فى فكرة واحدة للدعوى •

نقد هـذا الاتجاه :

برغم اهتـمام هؤلاء الفقهاء نحو اثبـات وحدة الحق فى كل من الدعوى والتنفيـذ ، الا أن أيا منهم لم يستطع مع ذلك اثبـات هذه الوحدة • فالقول بتحول الدعوى الى حق فى التنفيذ بعد صدور الحكم — فى نظر « جولد شميت » — تمثل اعترافا من صاحبه بوجود الحقين ، الحق فى الدعوى وهو سابق على الحكم ، والحق فى التنفيذ وهو لاحق عليه(٥) •

ولا يعتبر رأى الفقيه الايطالى « ساتا » eSatta أفضل من سابقه ، فانكار هذا الفقيــه لما يسمى بالحق فى الدعوى واعترافه فقط بالحق فى التنفيذ ، يمثـل تعارضا ولا شك مع التنظيم الوضعى لكل من الدعوى والتنفيذ • ومن ناحية أخرى فانه قد تتحقق الحماية القانونية الكاملة بصدور الحكم فى دعوى معينة دون أن يتبع ذلك اتخاذ اجراءات التنفيذ • فضلا عن تصور امكان القيام بالتنفيذ بغير حكم قضائى كما لو تم التنفيذ بموجب محرر رسمى(٦) •

---

(٤) Mandrioli; L,azione esecutiva - Milano 1955 No 97 - 98

(٥) « ماندريولى » المرجع السابق بند ٢١ •

(٦) Liebman T. En. Manuale di dir. proc. civ. 1957 VI. No. 31.

أما الفقيه « ماندريولى » فانه لم يستطع هو الآخر اثبات وحدة الحق فى الدعوى والحق فى التنفيذ ، وان كان قد استطاع اثبات وجود شبه بين خصائصهما (٧) •

٢٤ — الثانى : استقلال الحق فى التنفيذ عن الحق فى الدعوى :

نظرا للانتقادات السابقة ، ذهب جانب من الفقهاء الى القول بأن الحق فى التنفيذ ليس هو الحق فى الدعوى ، وانما هو حق مستقل ، ومتميز عنه ، ولاتلازم بينهما ، اذ أن الحق فى التنفيذ لايستند بالضرورة الى حكم قضائى ، كما أن هذا الحكم قد يكون محققا للحماية القضائية دون أن يتبعه تنفيذ من أى نوع •

ومن ناحية أخرى ، فان الهدف الذى يستهدفه صاحب الحق فى الدعوى يكمن فى الحصول على حكم لصالحه ، ويستنفذ هذا الحق غرضه بصدور الحكم وقد ينشأ الحق فى التنفيذ لصاحب هذا الحكم ، اذا كان الحكم لايشبع رغبة المدين ولايحقق مصلحته•وعلى ذلك فالحق فى التنفيذ فى هذه الحالة نشأ بعد انتهاء الحق فى الدعوى بصدور الحكم •

كما أن محل الحق فى الدعوى انما يتمثل فى الحكم الذى يصدر فيها، أما محل الحق فى التنفيذ انما هو المال المنفذ عليه جبرا عن المدين•كما أن الحق فى التنفيذ قد ينشأ دون أن يسبقه دعوى وحكم يصدر فيها ، اذا ما كان بيد الدائن سند تنفيذى أو غير قضائى ، كما لو كان محررا موثقا يتضح من ذلك أنه لا تلازم بين الحقين (٨) •

ولا شك أن هذا الاتجاه الأخير ، هو الذى نؤيده نظرا لاتفاقه مع المنطق القانونى ، والتنظيم الوضعى لكل من الدعوى والتنفيذ •

---

(٧) انظر ليبمان : المرجع السابق بند ٣٠ ، « ردنتى » — المرجع السابق بند ٢٠٣ ، فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ، وقارن عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٨٨ وما بعدها •

(٨) ليبمان — ج ١ ، بند ٣٥ ، ردنتى ، ج ٣ — بند ٢٠٣ ، فتحى والى ص ٢٦ •

المطلب الثـانى

الحق فى التنفيـــذ والحق الموضوعى

٢٥ ـ استقلال الحق فى التنفيذ عن الحق الموضوعى :

كمـا أن الحق فى الدعوى يعتبـر حقا مستقلا ومتميزا عن الحق الموضوعى[٩] ، فان الحق فى التنفيذ يعتبر بدوره حقا مستقلا ومتميزا عن الحق الموضوعى أيضا . حيث أن الأول وعلى ما رأينا مجرد سلطة يعترف بها المشرع لشخص معين هو من بيده سند تنفيذى مؤكد لحق موضوعى ، يستطيع بها تحريك النشاط القضائى فى الدولة لاعمال القانون وتحقيق حماية هــذا الحق المؤكد حماية نهائية . فلا يعترف القـانون بالحق فى التنفيذ الجبرى لكل صاحب حق موضوعى وانما يعطيه فقط لمن يكون بيده سند تنفيذى مؤكد لحق موضوعى معتدى عليه فعلا اعتداء ماديا . فلا يكفى لنشأة الحق فى التنفيذ مجرد قيام الحق الموضوعى ، بل يلزم فضلا عن ذلك ورود هذا الحق فى سند من السندات التنفيذية . وأن يكون هناك اعتداء مادى على هذا الحق رغم ذلك .

ومن ناحية أخرى فان الحق فى التنفيذ يختلف عن الحق الموضوعى ذاته فى مضمونه وسببه،اذ بينما يتمثل سبب الحق الموضوعى فى الواقعة القانونية المنشئة له ، عقدا كان أو غير عقد ، يتمثل سبب الحق فى التنفيذ فى الاعتــداء المادى على الحق الموضوعى ، أى الامتنــاع عن تنفيذ

---

(٩) انظر فى استقلال حق الدعوى ، مؤلفنا فى قانون القضاء المدنى ، ج ٢ ص ٢٣ وما بعدها .

الالتزام(١٠) • وكذلك يتمثل مضمون الحق الموضوعى فى الأداء المطلوب من المدين ، نقل ملكية عين أو القيـام بعمل أو الامتنـاع عن عمل ، فان مضمون الحق فى التنفيـذ هو اجراءات التنفيذ ذاتهـا والتى يقوم بها القضاء لاعمال الجزاء القانونى •

واذا كان الحق فى التنفيذ حق قائم بذاته ومستقل عن الحق الموضوعى فان ذلك لا يعنى انتفاء الرابطة بينهما ، وانما لابد وأن تكون هناك علاقة بينهما ، حيث أن انقضاء الحق الموضوعى يؤدى بالضرورة الى انقضاء الحق فى التنفيذ ، كما أن مباشرة اجراءات التنفيذ ـ بناء على الحق فى التنفيذ ـ تؤدى الى انقضاء الحق الموضوعى(١١) •

---

(١٠) قارن من يعتبر السبب التنفيذى هو سبب الحق فى التنفيذ ، وجدى راغب ، ص ٢٤ ، فتحى والى ـ التنفيذ ص ٢٧ بند ١٤ ، محمود هاشم ، اجراءات التقاضى والتنفيذ ، المشار اليه ، بند ١٧٣ ، ص ٢٢٩ ومابعدها . كيوفندا نظم ج ١ ، رقم ٨٨ . عكس ذلك أبو الوفا الذى يرى أن سبب الحق فى التنفيذ هو مصدر الحق الموضوعى ذاته ، ص ١١ بند ٢ ، قارن أيضـا روكو محاضرات ، ج ٣ ص ٩٥ •

(١١) فتحى والى ـ المرجع السابق ، ص ٢٧ •

الباب الثانى

قيام الحق فى التنفيذ الجبرى

السند التنفيذى

- فكرة السند التنفيذى .
- انواع السندات التنفيذية .

٣٦ — تمهيد وتحديد :

واذا كنا قد انتهينا الى استقلال الحق فى التنفيذ ، وأنه حق متميز ومستقل عن الحق فى الدعوى ، وعن الحق الموضوعى الذى تتخذ اجراءات التنفيذ — بناء على طلب من له الحق فى التنفيذ اقتضاء له •

واذا كان الأمر كذلك ، فان الحق فى التنفيذ ، شأنه شأن أى حق آخر ، يتكون من عناصر ثلاثة ، حيث أنه لابد من أشخاص يقوم بينهم ، ومحل يرد عليه ، وسبب يستند عليه •

وأشخاص الحق فى التنفيذ هم بطبيعة الحال طرفاه : المنفذ والمنفذ ضده ، المنفذ غالبا ما يكون هو الدائن فى الحق الموضوعى المراد التنفيذ وفاء له : والمنفذ ضده غالبــا ما يكون هو المدين أو الملتزم ، أى الطرف السلبى فى الحق •

واذا استعمل الحق فى التنفيذ ، نشأت عن هذا الاستعمال خصومة التنفيذ Instance d'execution بين أشخاصها وهم طرفا الحق فى التنفيذ — كأصل — والدولة : اعتبارا بأن الحق فى التنفيذ وسيلة استدعاء النشاط القضائى لهما ، لاشباع رغبة المنفذ فى الحصول على حمايته حماية فعلية• وعلى ذلك فمن المنطقى أن نرجىء الحديث عن طرفى الحق فى التنفيذ الى حين الحديث عن أشخاص التنفيذ بشكل عام •

واذا استبعدنا من هذا الباب طرفى الحق فى التنفيذ ، فلا يبقى من عناصر هذا الحق الا موضوعه وسببه •

ويتمثل موضوع الحق فى التنفيذ الجبرى فى الحق الموضوعى المراد حمايته ، أى الحق الذى تتخذ اجراءات التنفيذ لاستيفائه أو الوفاء به ، ويشترط القانون فى هذا الحق شروطا معينة ، وأن يرد هذا الحق فى سند يدل عليه من السندات التى يعترف لها القانون بقوة التنفيذ •

أما سبب الحق فى التنفيذ الجبرى فقد يؤخذ بأحد معنيين :

الأول : بمعنى الأساس القانونى الذى أدى الى نشـأة الحق فى التنفيذ ويتمثل السبب بهذا المعنى فى السند التنفيذى الذى يتم التنفيذ بمقتضاه .

والثانى : بمعنى الدافع الى اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى ، أى الدافع الى استعمال الحق فى التنفيذ الجبرى .

ويكون السبب بهذا المعنى هو الاعتداء على الحق الموضوعى الذى أكده السند التنفيذى ، أى عدم الوفاء به ، أو بعبارة أخرى عدم التنفيذ الاختيارى .

ونظرا لطبيعة الحق فى التنفيذ الجبرى وخصوصيته ، فان موضوعه وهو الحق الموضوعى ، يندمج فى سببه المنشىء له ، وهو السند التنفيذى، ويكونان معا سبب قيام الحق فى التنفيذ الجبرى ، ويطلق عليه الفقه « السند التنفيـذى » ، وهو يقابل المصلحة القانونية بالنسبـة لحق الدعوى .

واذا توافر هذا السند التنفيذى بشروطه التى يحددها القانون ، فهل يكفى ذلك لاستعمال الحق فى التنفيذ الجبرى ، بمعنى هل يكفى ذلك لكى يتمكن من بيده السند التنفيذى لقيـام الحق فى التنفيذ الجبرى . أم يلزم توافر سبب آخـر ؟ ! لا شك أن مجرد توافر السند التنفيذى بشروطه لا يكفى وحده لقيـام الحق فى التنفيذ الجبـرى ، وانما يجب أن تكون هناك ضرورة تستوجب استدعاء نشـاط الدولة لتحقيق الحماية التنفيـذية ، أى أن يكون هنـاك اعتداء على الحق المـراد الوفاء به جبرا ، ويتمثل هذا الاعتداء فى عدم الوفاء بالحق . وهو يقابل بالنسبة لحق الدعوى « المصلحة الواقعية » غير أن المشرع لم يترك اثبات توافر هذه المصلحة الواقعية للأفراد بكل طرق الاثبات القانونية ، وانما نظم المشرع بالنسبة للتنفيذ وسيلة هذا الاثبـات ، والتى تتمثل فى مقدمات التنفيـذ .

ونظرا لأهمية السند التنفيذى بالنسبة للتنفيذ الجبرى ، فاننا نفرد له هذا الباب .

وسوف تأتى دراستنا للسند التنفيذى فى فصلين نتكلم فى الأول عن ماهية السبب التنفيذى وتكوينه ، ونخصص الثانى لأنواعه .

الفصل الأول

فكرة السند التنفيـذى وتكوينه

المبحث الأول

فكرة السند التنفيـذى وطبيعته

المطلب الأول

فكرة السنـد التنفيذى

Notion de la Titre Executoire

٢٧ ــ مضمون الفكرة :

تعتبـر فكرة السند التنفيذى من الأفكار الرئيسـية فى التنفيذ القضائى[1] ، نظرا للدور الخطير الذى يلعبه فى حماية الحقوق والمراكز القانونية ، حماية تنفيذية ، فهو أساس هذه الحماية ومحورها ، وبدونه لا ينشأ أصلا الحق فيها ، وذلك فى الأنظمة المعاصرة ، التى ألغت ما كان يعرف بالقضاء الخاص أو العدالة الخاصة ، والذى كان يسمح للأفراد ــ بوسائلهم الخاصة ــ استيفاء حقوقهم واستعادتها دون الالتجاء الى القضاء[2] .

وتهدف فكرة السند التنفيذى الى التوفيق بين اعتبارين متعارضين ؛ مصلحة الدائن فى تنفيذ سريع اقتضاء لحقه ، الأمر الذى يتطلب بالضرورة عدم الالتفات الى ما يتقـدم به المدين من اعتراضات تعرقل التنفيذ ، ومصلحة المدين ، التى لا تسمح باجراء التنفيذ ، الا لصاحب حق يحميه

(١) فتحى والى ــ بند ١٦ ، ص ٢٩ ، وجدى راغب ، ص ٢٧ .

(٢) انظر عبد الخالق عمر ــ مبادىء ، ص ١٠١ ، راجع بند ٢٠ من هذا المؤلف .

القانون حماية تنفيذية ، الأمر الذى يسمح للمدين بالمنازعة فى شرعية التنفيذ ، قبل البدء فى اجراءاته[٣] .

وتتلخص فكرة السند التنفيذى فى اعتباره عملا قانونيا ، يستلزم المشرع لتكوينه شرائط معينة ، من شأنها تأكيد وجود الحق الموضوعى ، فان توافرت هذه الشرائط كان للدائن الحق فى التنفيذ ، على أن يبقى للمدين الحق فى الاعتراض على التنفيذ باجراءات متميزة .

وهذه الفكرة ، لم تنشأ من فراغ ، بل كانت وليدة تطورات تاريخية عديدة ، اذ كانت القوانين القديمة تغلب أحد الاعتبارين على الآخر ، فمنها ما كان يقف بجانب الدائن ويعطيه الحق فى التنفيذ ، وبوسائله دون الرجوع الى السلطة العامة ، وذلك تحقيقا لمصلحته فى تنفيذ سريع لحقه مثل القوانين الجرمانية القديمة ، ومنها ماكان يقف بجانب المدين ، ولايسمح بالتنفيذ الجبرى الا بعد التثبت من وجود الحق الموضوعى ، الأمر الذى كان معه يسمح للمدين باثارة المنازعات حول هذا الحق قبل البدء فى التنفيذ ، مثل القانون الرومانى الذى اشترط صدور حكم من القضاء باجراء التنفيذ قبل البدء فيه[٤] ، ونتيجة لالتقاء القوانين الجرمانية

---

(٣) راجع ليبمان : الحكم كسند تنفيذى — مشاكل الخصومة المدنية — مورانو ، سنة ١٩٦٢ رقم ٤ ، ص ٣٣٤ — ٣٣٥ .

(٤) راجع محمد عبد الخالق عمر — مبادىء ، ص ١٠٠ — ١٠٢ ، فتحى والى — المرجع السابق ، بند ١٧ ص ٢٨ — ٢٩ .

اذ أن الأصل فى القانون الرومانى ان الحكم الذى يلزم المدين بالدفع الى الدائن لم يكن سندا تنفيذيا ، وانما كان يحدد ميعاد للوفاء ، فاذا لم يقم المدين بالوفاء فى الميعاد ، لم يكن للدائن من سلطة الا تكليف المدين بالحضور أمام البريتور ، فان حضر واعترف كان للدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ عليه ، فاجراءات التنفيذ لم تكن تباشر بواسطة القضاء وانما بواسطة الدائن نفسه . واذا تقدم بمنازعات وجب حسمها قضائيا فى خصومة جديدة ، الأمر الذى كان يعرقل اجراءات التنفيذ الى حد كبير . فتحى والى الاشارة السابقة ، عبد الخالق عمر — الاشارة السابقة .

بالقــانون الرومانى فقد ظهرت فكرة السنــدات التنفيذية بمفهومها الحديث •

وعلى ذلك تنحصر فكرة السند التنفيــذى فى التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين ، فلا يترك أمر البدء فى التنفيذ لتقدير القائم على أمر التنفيذ القضائى أو حتى أطرافه ، بل يتم البدء فيه بمجرد تقديم السند التنفيذى الذى يعد دليلا موضوعيا كافيا على وجود الحق الموضوعى المطلوب اقتضاءه • ومن ناحية أخرى لا نوصد الباب أمام المدين فى اثارته للمنازعات حول بقاء الحق أو شرعيته ، اذ أن السند التنفيذى وان كان كافيــا للدلالة على وجود الحق الموضوعى الا أن هذا لا يقدم لنا يقينا مطلقا ، ونهائيا لوجود الحق • اذ قد يتضح عدم وجود الحق بالرغم من وجود السند ، فلابد اذن من اعطاء المدين فرصة الاعتراض على التنفيذ حتى لا يتم التنفيذ على أمواله ونزع ملكيتها الا بعد التأكد بصفة نهائية، من وجود الحق عن طريق الفصل فيما يثيره من اعتراضات[٥] •

يتضح مماتقدم أنه لاتنفيذ بدون سند تنفيذى فهو السبب المنشىء للحق فى التنفيذ فهو كماقيل بحق أنه مفترض لحصول التنفيذ سواء كان اختياريا أو اجباريا وهذا ما تعبر عنه القاعدة اللاتينية :

Nulla executio sine Titulo.

وما تقضى به صراحة المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات من أنه « لايجوز التنفيذ الجبرى الا بسند تنفيــذى اقتضاء لحق محقق الوجــود ومعين المقدار وحال الأداء » •

فقد اعتبر المشرع المصرى ــ شأنه شأن غيره من الأنظمة ــ السند التنفيذى هو الوسيلة الوحيدة المؤكدة لحق الدائن عند اجراء التنفيذ[٧]،

(٥) وجدى راغب ، ص ٣٨ ـــ ٣٩ •

(٦) Chiovenda : Principi, p. 244.

(٧) فتحى والى ـــ ص ٣١ ، ٣٢ ، انظر عبد الخالق عمر ، ص ١٠٦ •، انظر نقض ١٢/٦/١٩٧٣ ، المجموعة ، س ٢٤ ، ص ٩٢٦ •

فلا يقبل تقديم وسيلة أخرى للقــائم بالتنفيذ حتى يلتزم بالقيام به ، حيث أن المشرع قد ألزم المحضرين بالقيام بالتنفيذ متى تسلموا السند التنفيذى (م ٢٧٩ مرافعات) .

ولا ينال من قوة السند التنفيذى مايقدمه المدين من اعتراضات عليه عند البدء فى التنفيــذ . حيث لا تؤثر هذه الاعتراضــات ، ولو رفعت بالاجراءات المقررة . اذ لا يؤثر فى قوة السند التنفيذى وفاعليته سوى حكم قضائى نهائى يؤكد انقضاء الحق الموضوعى الثابت به ، لأن ذلك يكون من شأنه أن يؤدى الى انقضاء الحق فى التنفيذ الجبرى ، وبطلان ما تم اتخاذه من اجراءات التنفيذ ، بناء عليــه[٨] . فالسند التنفيذى ينشىء بذاته الحق فى التنفيذ الجبرى ، بغض النظر عن المنازعات التى تثار حول وجود الحق الموضوعى أو عدم وجوده[٩] .

ونظرا لأن السند التنفيذى يعد مفترضا قانونيا للتنفيذ فان ذلك يستوجب توافره عند البدء فى التنفيــذ واذا شئنا الدقة يجب أن يتوافر قبل البدء فى اتخاذ مقدمات التنفيذ .

بحيث اذا لم يوجد السند التنفيذى فى هذه اللحظة ، وبدىء فعلا — لأى سبب — فى التنفيذ ، فان التنفيذ يضحى باطلا بطلانا لا يصححه وجود السند ذاته بعد ذلك[١٠] .

---

(٨) وجدى راغب ، ص ٤٠ ، وهامش (١) .

(٩) انظر كيوفندا — نظم ، جـ ١ ص ٢٧٣ ، فتحى والى ، ص ٣٢ .

(١٠) وجدى راغب — الاشارة السابقة ، فتحى والى ، ص ٣٢ ، كوستا ، بند ٤٦ ، ص ٦٤ .

Zanzucchi, Diritto processuale civile, Milano, 1955, Vol. I, No. 48.

المطلب الثانى

الطبيعة القانونية للسند التنفيذى

٢٨ — الاختلاف الفقهى :

اختلفت الآراء الفقهية فى تحديد طبيعة السند التنفيذى وانقسموا الى ثلاثة اتجاهات رئيسية :

الأول : السند التنفيذى مجرد مستند :

يذهب أنصار هذا الاتجاه[١١] الى أن السند التنفيذى مجرد مستند ، يقدمه الدائن الى القائم بالتنفيذ ، لاتخاذ اجراءات التنفيذ ويعترف المشرع لهذا المستند بقوة قانونية خاصة .

فالسند التنفيذى فى رأيهم ، يعد دليلا كافيا على وجود الحق الموضوعى ، وهذا المستند (السند التنفيذى) يعتبر الدليل القانونى لاثبات الحق الموضوعى[١٢] .

ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد من جانب الفقهاء من ناحيتين :

— فاذا كان السند التنفيذى يتخذ شكل المستند ، والمتمثل فى الصورة التنفيذية ، فان هذه الصورة لا تعدو أن تكون الشكل الخارجى

---

(١١) وهذا راى الفقيه Rocco Ugo فى مطوله القيم :
Ugo, Rocco : Trattato di Dir. pro. civ. 1959 VI p. 286
وكذلك :
Carnelutti : Istituzioni del processo civ. it Firenza 1956 No. 173.
وكذلك الفقيه Garbangti مشار اليه فى « ماندريولى » فى دعوى التنفيذ رقم ٦٦ ص ٣٥١ — ٣٥٣ .

(١٢) كارنيلوتى — نظم ، جـ ١ بند ١٨٢ ، ص ١٦٠ . انظر عرض هذا الراى : وجدى راغب ، ص ٤١ — ٤٢ هامش (١) ، فتحى والى ، ص ٣٤ .

للسند ، ولا يمكن أن تكون هي جوهره ذاته • ولذلك لا يكفي وضع الصيغة التنفيذية على أية ورقة حتى ينشأ لحاملها الحق في التنفيذ ، وانما يجب لذلك ، أن توضع الصيغة على ورقة ، متضمنة عملا من الأعمال، التي يعترف لها القانون بالقوة التنفيذية • فمثلا اذا ما وضعت الصيغة التنفيذية على حكم ابتدائي وغير مشمول بالنفاذ المعجل ، فان هذا المستند لا يعطي لصاحبه الحق في التنفيذ[١٣] •

ومن ناحية أخرى فالقول بأن السند التنفيذي دليل لاثبات الحق الموضوعي ، فهو قول غير صحيح ، ذلك لأن الدليل انما يقدم للقاضي لاقناعه بوجود واقعة معينة ، ويكون للقاضي سلطة تقدير هذا الدليل • وهذا ما لا يحدث بالنسبة للسند التنفيذي فهو لا يقدم الى المحضر لاقناعه بوجود الحق الموضوعي ، وانما يقدم اليه للقيام بالتنفيذ الجبري، وهو ملزم بذلك والا كان مسئولا بمجرد تقديم السند التنفيذي اليه بغض النظر عن اقتناعه أو عدم اقتناعه بالحق الموضوعي ، فلا سلطة له في هذا المجال •

ومن ناحية ثالثة ، فاذا كان السند التنفيذي دليلا على الحق الموضوعي ، لأمكن القول بأن الحق في التنفيذ لا ينشأ عن السند ، وانما ينشأ عن الحق الموضوعي ، ذلك لأن محل الدليل هو الذي يرتب الأثر القانوني ، وليست وسيلة الاثبات كالكتابة في مستند • وهذا يتعارض كما رأينا مع استقلال الحق في التنفيذ عن الحق الموضوعي وأن الحق في التنفيذ انما ينشأ عن السند التنفيذي[١٤] • فوجود الحق الموضوعي واقامة الدليل عليه لا تكفي لقيام الحق في التنفيذ •

---

(١٣) انظر في نقد هذا الرأي — فتحي والي ، ص ٣٤ . وجدي راغب ، ص ٤٢ ، كوستا ، بند ٤٦ ص ٦٤ .

(١٤) انظر وجدي راغب ، ص ٤٢ . ماندريولي — دعوى التنفيذ بند ٦٤ . فتحي والي ، ص ٣٥ . عبد الخالق عمر ، ص ١٠٩ — ١١٠ .

● **الثانى : السند التنفيذى اعلان عن ارادة :**

ذهب جانب آخر من الفقهاء[١٥] الى القول بأن السند التنفيذى اعلان عن ارادة ، وبعبارة أخرى هو عمل قانونى من أعمال الارادة ، تتمثل فى ارادة التصرف الموثق فى العقود ، وفى الأمر الموضوعى الصـــادر عن القاضى ، الذى حل محل الأمر الموضوعى الذى تمت مخالفته .

ولاقى هذا الرأى تأييدا من جانب البعض فى مصر[١٦] الذى رأى أن السند التنفيذى هو اعلان عن ارادة الشـــخص الذى خوله القانون انشاء السند أو تكوينه ، وهى ارادة متميزة ذات طابع اجرائى يترتب عليها — متى اتخذت الشكل المقرر — الحق فى التنفيذ ، وهو حق مستقل فى مصدره وأشخاصه ومحله عن الحق الموضوعى .

● **الثالث : السند التنفيذى عمل مؤكد لحق معين :**

ذهب جانب آخر من الفقهاء الى أن السند التنفيذى عمل قانونى مؤكد لحق موضوعى معين ، شريطة أن يرد فى شكل معين حدده القانون ، وهو لذلك يتكون من عنصرين هما :

— عمل قانونى مؤكد : ويرد التأكيد على الحق الموضوعى (المراد حمايته) غير أن هذا التأكيد له كيان مستقل عن الحق الموضوعى ذاته ، وبالتالى فلا يعتبر الحق الموضوعى شرطا لوجود الحق فى التنفيذ ويكون من ثم السند التنفيذى شرطا ضروريا وكافيا للتنفيذ[١٧] وفكرة التأكد

---

(١٥) وهذه نظرية فازلارى Fazzalari, Nota in tema di diritto - processo, Milano, 1957, p. 142.

وجولد شميت Gold Shmit مشار اليه فى ماندريولى ، بند ٩١ ، ص ٢٣٤ .

(١٦) وجدى راغب ، ص ٤٤ .

(١٧) كيوفندا — مبادىء ص ٢٤٤ — « ردنتى » المرافعـــات ، بنـــد ٢٠٤ . زانزوكى ، جزء أول ، بند ٤٩ ، كوستا بند ٤٦ ص ٦٤ . فتحى والى ص ٣٣ .

القانونى توجد أيضا بالنسبة لارادة الأطراف بالنسبة للمحررات الموثقة اذ يعترف لهم القانون بسلطة تأكيد المركز الموضوعى •

ـ مستند : وهذا العمل القانونى يتخذ شكل المستند والذى يقدم الى القائم بالتنفيذ ، وبغير هذا المستند لا يجب البدء فى التنفيذ •

ويحدد القــانون هذه المستندات وشكلها والتى يلتزم المحضرون بالبدء بالتنفيذ متى تسلموها (م ٢٧٩ مرافعات) •

● الرأى الراجح : واذا كان الاتجاه الثانى والذى يعتبر السند التنفيذى تعبيرا عن ارادة اجرائية ، يحتوى على شىء من الصحة ، نظرا لأنه يفصل بين الارادة التصرفية والتى تنشىء الحق الموضوعى ، وبين الارادة الاجرائية التى تنشىء الحق فى التنفيذ • الا أننا نميل الى الرأى الغالب فى الفقه ، والذى يرى أن السند التنفيذى انما يعتبر عملا قانونيا، مؤكدا للحق الموضوعى ، ويستقل هذا التأكيد عن الحق الموضــوعى • ويصدر هذا العمل القانونى المؤكد بعيدا عن ارادة القاضى بالنسبة للسند القضائى ، والارادة الخاصة بالنسبة للمحررات الموثقة • ولهذا نجد أن الخلاف بين الاتجاه الثانى والثالث مجرد خلاف لفظى فحسب •

ومن ناحية أخرى فان العمل القانونى المؤكد انما يتخذ شكل مستند، بحيث اذا لم يتخذ هذا الشكل امتنع القيام بالتنفيذ •

وهذا الذى انتهينا اليه هو ما يتفق مع الاتجاه التشريعى المصرى • حيث تنص المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات على أنه « لا يجوز التنفيذ الجبرى الا بسند تنفيذى اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقــدار وحال الأداء » • وما تنص عليه المادة ٢٧٩ من أن المحضرين « ملزمون باجرائه (التنفيذ) بناء على طلب ذوى الشأن متى ســلمهم الســند التنفيذى » •

المبحث الثانى

مكونات السند التنفيذى

٣٩ — تمهيد :

رأينا فيما تقدم ، كيف أن السند التنفيذى لا يعدو أن يكون عملا قانونيا مؤكدا لحق موضوعى جدير بالحماية التنفيذية ، شريطة أن يكون هذا العمل من بين الأعمال التى يعترف لها القانون بقوتها التأكيدية هذه ، وأن يرد هذا العمل فى الشكل الذى تطلبه القانون . وبعبارة أخرى فان السند التنفيذى لابد وأن يتكون من عنصرين أولهما موضوعى يتمثل فى تأكيد الحق الموضوعى المراد حمايته ، وثانيهما شكلى ، يتمثل فى المستند الذى حدده القانون ، أى فى الصورة التى حددها القانون ، وهى الصورة التنفيذية للسند التنفيذى .

ولا شك أن توافر هذين العنصرين هو الذى يؤدى الى وجود السند التنفيذى ، والذى بذاته ينشىء لمن بيده هذا السند الحق فى التنفيذ الجبرى ، فلا يغنى أى من العنصرين عن الآخر ، فاذا تم تأكيد الحق الموضوعى بخصائصه فى ورقة أو محرر لا يعترف له القانون بالقوة التنفيذية ، ولو كان عبارة عن صورة رسمية ليست صورة تنفيذية من سند له قوته التنفيذية ، فلا يمكن البدء فى التنفيذ بناء عليها . وكذلك اذا وضعت الصيغة التنفيذية على محرر ليس من شأنه تأكيد الحق الموضوعى فلا يصلح ذلك سندا للتنفيذ الجبرى[١٨] .

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتكلم فى الأول عن العنصر الموضوعى للسند التنفيذى ، وهو الذى يمثل موضوع السند ذاته .

---

(١٨) فتحى والى — بند ١٩ ، راغب ، ص ٤٧ ، أحمد ماهر زغلول ، أصول التنفيذ ، ج ١ ، دار الحقوق ، ١٩٨٥ ، ص ١٤/١٥ .

ونخصص المطلب الثانى للعنصر الشكلى فى السند ، وهو الشكل الذى حدده القانون لقيام السند التنفيذى ، والذى لا يقوم بدونه • وذلك على التفصيل الآتى :

المطلب الأول

العنصر الموضوعى للسند التنفيذى

الحق الموضـــوعى

٣٠ — تحـــديد :

رأينا أن السند التنفيذى هو عمل قانونى مؤكد لحق موضوعى ، اشترط فيه القانون أن يكون محقق الوجود وحال الأداء • وهذا الحق الموضوعى هو موضوع السند ذاته ، وفى الوقت نفسه موضوع الحق فى التنفيذ الجبرى • فهذا الحق هو الذى يجرى التنفيذ اقتضاء له • وحتى يتوافر هذا العنصر لابد أن يتوافر فى هذا الحق شروطا معينة حـــددتها المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات ، وأن يؤكدها عمل يعتد القانون بقـــوته التنفيـــذية •

وعلى ذلك ينقسم هذا المطلب الى فرعين ، نحدد فى الأول الشروط الواجب توافرها فى الحق — موضـــوع السند التنفيـــذى — ثم نبين فى الثانى أحكامها •

الفرع الأول

شروط الحق الموضوعى

٣١ — تعـــداد :

الأصل أن يتم التنفيذ الجبرى اقتضـــاء لأى حق يحميه القـــانون حماية تنفيذية ، أيا كان نوعه (عينيا كان أو شخصيا) ، وأيا كان مقداره (كبيرا كان أم صغيرا) ، وأيا كان مصدره (عقدا كان أو غير عقد) ،

وأيا كان أشخاصه (مواطنين كانوا أم أجانب) • كل ذلك مشروط بتوافر الشروط التى حددها القانون ، وهى أن يكون الحق مؤكدا فى وجوده ، معينا فى مقداره ، حالا فى أدائه ، وذلك على التفصيل الآتى :

٣٢ ـ ١ ـ يجب أن يكون الحق محقق الوجود
Diritto Certo, Creance Certaine

لم يحدد القانون مضمون هـذا الشرط أو معنـاه ، مما أدى الى الخلاف الفقهى حول مدلول هذا الشرط :

● ذهب رأى الى القول بأن المقصود به أن يكون الحق حالا خاليا من النزاع ، أى ألا يكون هناك نزاع جدى فى وجوده • الا انه لا يمكن الأخذ بهذا الرأى حيث أنه يؤدى الى عدم اجراء التنفيذ أبدا ، حيث أن المدين ينازع دائما فى الحق ، نشوءا أو بقاء • فضلا عن أن قوة السند التنفيذى المثبتة للحق تتوقف اما على ارادة المدين ، واما على ارادة القائم بالتنفيذ حيث يكون أمر تقدير جدية النزاع من عدمه [٢٠] متروك لسلطته وتقديره ، وهذا أمر غير مرغوب فيه فى الحالين •

● ذهب رأى ثان[٢١] الى القول بأن المقصود بوجـود الحق ألا

---

(١٩) رمزى سيف ، بند ١١٣ ، امنية النمر ـ قوانين المرافعات ١٩٨٢، ج ٣ ، بند ١٤٩ ، كوستا بند ٤٦ . وهو ما ذهبت اليه بعض احكام النقض (نقض ١٩٥٤/٢/١٦ ، المجموعة ، س٥ ، ص٨٠ ، ١٩٥٣/٥/١٤ المجموعة ذاتها ، س ٤ ، ص ١٥٢ ، نقض ١٩٤٨/٦/٣ ، مجموعة عمر ، ج ٥ ص ٣١٩ . قارن ابو الوفا ، بند ١٠٧ ص ٤٩ •

(٢٠) فتحى والى ، ص ١٢٧ ، بند ٦٧ ، وجدى راغب ، ص ٥١ .

(٢١) محمد حامد فهمى ، بند ١٠٦ ص ١٧٦ ، رمزى سيف ، بند ١٢٣ ، ابو هيف بند ٧٤ ص ٥٦ ، احمد ابو الوفا ، بند ١٠٧ ص ١٧٦ . عبد الباسط جميعى ـ محمود هاشم ـ المبادىء العامة فى التنفيذ ، ١٩٧٨ ص ٦٧ . سوليس وبيرو ص ١٦ ، جارسونيه ، ج ٤ ، بند ٥٦ ،
Vincent et Prevault
Voies d'exe'cution, Precis Dalloz - 1984, No 63

يكون احتماليا أو معلقا على شرط واقف لم يتحقق ، أو مقيدا بوصف معين أو ألا يكون وجوده محل شك[٢٢] .

والأخذ بهذا الرأى يؤدى الى الاستغناء عن شرط تحقق وجود الحق المنفذ به ذلك ، لأن شرط كون هذا الحق حال الأداء يغنى عنه . اعتبارا بأن الحق الاحتمالى أو المعلق على شرط هو بالضرورة غير حال الأداء[٢٣] .

● ذهب رأى ثالث[٢٤] الى أن شرط تحقق الوجود ، هو شرط لا معنى له ، حيث أن هذا الشرط يعتبر متوافرا دائما بوجود السند التنفيذى . وهناك من يؤيد هذا الرأى فى الفقه المصرى الذى يرى أن لشرط تحقق الوجود وظيفة مستقلة عن مجرد السند ، ذلك أن السند قد يوجد دون أن يميز الحق من حيث محله وأشخاصه » . ثم يعود بعد ذلك يقول « ان تحقق الوجود لا يعنى — فى رأينا — أكثر من مجرد الوجود . وهو بهذا لا يعتبر شرطا فى الحق الموضوعى ، بقدر ما هو شرط فى السند التنفيذى »[٢٥] .

ومن جانبنا نحن فاننا نرى — مع من سبقنا[٢٦] — الى أن المقصود بتحقق وجود الحق ليس أكثر من وجود سند تنفيذى به يدل عليه ويميزه من حيث محله ، ومن حيث أطرافه .

---

(٢٢) Dennier Marc. Rep. Civ. 1963. Vol. Saisie - Arret, No 85

(٢٣) فتحى والى ، ص ١٢٨ ، ردنلى ، جـ ٣ ، ص ٢٠٩ .

(٢٤) روكو — جـ ٣ ، ص ١١٣ ، ١١٤ .

(٢٥) فتحى والى ، ص ١٢٨ ، ١٢٩ .

(٢٦) فتحى والى ، ص ١٢٩ ، وجدى راغب ، ص ٥١ ، عبد الباسط جميعى — محمود هاشم المرجع السابق ، ص ٦٦ . قارن عبد الخالق عمر ، ص ١٢٩ — ١٣٠ .

ويترتب على هذا النتائج الآتية :

— لا يجوز التنفيذ — نظرا لعدم تحقق وجود الحق — بمقتضى عمل قانونى لا يعترف القانون له بقوة السند التنفيذى من تأكيد وجود الحق ، كما لو تم التنفيذ بمقتضى عقد عرفى أو حتى بمقتضى حكم قضائى لم يحز بعد قوته التنفيذية ، كما لو كان حكما ابتدائيا ولم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل .

— لا يجوز التنفيذ — نظرا لعدم تحقق وجود الحق — اذا لم يكن السند دالا بصفة قطعية على وجود الحق من ناحية أطرافه أو من ناحية محله .

فلا يجوز مثلا تنفيذ الأمر القضـائى الصادر بتقـدير مصروفات الدعوى أو أتعاب الخبير اذا لم يتم تحديد الخصم الملتزم بدفعها ، كما لا يجوز التنفيذ على أموال الشركة بمقتضى عقد رسمى اذا كان موقعا من شريك لا يملك سلطة التوقيع عن الشركة نظرا لعـدم تأكيد مديونيـة الشركة(٢٧) .

كما لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالغرامة التهديدية نظرا لعـدم تحقق وجود الحق . وذلك نظرا لتجهيل محل الحق المراد اقتضائه ، اذ أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يعد حكما بالتعويض ، وانما هو وسيلة قانونية لاكراه المدين على تنفيذ التزامه الأصلى تنفيـذا عينيا ؛ وقـد لا يحكم على المدين بشىء نظرا لقيامه بتنفيذ الالتزام الأصلى(٢٨) كمـا لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بأداء الالتزام التخييرى ، وكان الخيـار للمدين من مدة معينة ، قبل اختيار المدين لأحد الالتزامين(٢٩) .

---

(٢٧) انظر فتحى والى ، ص ١٢٥ ، واستئناف القـاهرة ١٤ مارس سنة ١٩٦١ المحاماة السنة ٤٢ ، ص ٧٠٩ .

(٢٨) انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السـابق ص ٦٨ — ٦٩ وهامش (١) ص ٦٨ .

(٢٩) فتحى والى ص ١٢٥ .

٣٢ — ٢ — أن يكون الحق معين المقدار Diritto liquido

يجب أن يكون الحق المراد اقتضائه معينا فى مقداره ، وهذا شرط تقتضيه بداهة الأمور ، اذ أن الدائن لن يستطيع الحصول على أكثر من حقه ، فوجب لذلك أن يكون الحق معينا فى مقداره ، كما أن من حق المدين أن يتفادى اجراءات التنفيذ على أمواله بوفاء ما هو مطلوب منه ، ولا يتصور ذلك الا اذا كان الدين معينا فى مقداره[٣٠] .

واذا كان هذا الشرط متطلب بالنسبة للالتزامات التى محلها مبالغ نقدية ، أو أشياء مثلية ، فانه تطلب كذلك بالنسبة للالتزامات التى محلها أشياء معينة بالذات ، اذ يجب أن يؤكد السند — محل الحق — تعيين الشىء المطلوب تسليمه ، أو العمل المراد القيام به وكذلك مقداره .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تنفيذ الحكم — نظرا لعدم تعيين المقدار — الصادر بالزام الخصم بدفع مصروفات الدعوى قبل تقديرها[٣١] ولا الحكم الصادر بمبدأ التعويض قبل تحديد مقدار التعويض المستحق[٣٢] .

ويعتبر هذا الشرط متوافرا ولو لم يكن محل الحق معينا فى السند على وجه التحديد ، وذلك اذا كان قابلا للتعيين بناء على ما يرد فى السند ذاته من بيانات ، وذلك باجراء عملية حسابية بسيطة ، كما لو كان التنفيذ بسند اقتضاء لمبلغ ١٠٠ جنيه بالاضافة الى فوائد بنسبة ٥٪ مثلا[٣٣] .

---

(٣٠) انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٦٧ . انظر فنسان وبريفولت ، بند ٦٣ ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٣١) انظر وجدى راغب — ص ٥٤ . وفتحى والى ، المرجع السابق بند ٦٩ ، ص ١٣١ .

(٣٢) زانزوكى ، المرجع السابق بند ٥٠ ، وجدى راغب ص ٥٤ .

(٣٣) انظر فتحى والى ص ١٢٧ ، وجدى راغب ص ٥٤ .

٣٤ — أن يكون الحق حال الأداء : Diritto esigibile

بمعنى أن يكون الحق — موضوع السند — حال الأداء عند البدء فى التنفيذ ، فاذا كان مضافا الى أجل لم يحل بعد ، فلا يجوز التنفيذ قبل حلول هذا الأجل ، أيا كان نوع الأجل ، اتفاقيا كان أو قضائيا أو قانونيا ، وذلك ما لم يتنازل عن الأجل الطرف المقرر الأجل لمصلحته ، المدين أو الدائن ، تنازلا صريحا أو ضمنيا • وأيضا ما لم يكن الأجل قد سقط قبل حلول موعده ، لأى سبب من الأسباب ، كافلاس المدين أو اعساره أو تم اضعاف التأمينات التى تضمن الوفاء بالحق[٣٤] • كما لا يجوز تنفيذ الالتزام المعلق على شرط واقف لم يتحقق بعد •

الفرع الثانى

الأحكام العامة فى شروط الحق الموضوعى

٣٥ — تحديد :

انتهينا فى الفرع الأول من تحديد الشروط الواجب توافرها فى الحق الموضوعى ، وعلينا أن نتحدث فى هذا الفرع عن بعض الأحكام العامة لهذه الشروط ، وذلك على التفصيل الآتى :

٣٦ — ١ — وجوب تأكيد هذه الشروط بواسطة السند التنفيذى ذاته :

اذا كان مضمون السند التنفيذى هو الحق الموضوعى ، فان شروط هذا الحق يجب أن يؤكدها السند ذاته ، أى أن يكون السند التنفيذى نفسه دالا على توافرها • وهذا يتطلب :

● أن يكون السند من بين الأعمال التى يعترف لها القانون بالقوة فى تأكيد الحق الموضوعى ، أى أن يكون صادرا عن سلطة يعترف لها

---

(٣٤) فنسان وبريفولت ، الطبعة ١٥ ، بند ٦٥ ، ص ٥٤ .

القانون بقدرتها على ذلك : مثل القضاء (بالنسبة للأحكام والأوامر) ، ومكاتب التوثيق (بالنسبة للمحررات الموثقة) •

وعليه يجب — كأصل — أن يدل السند التنفيذى نفسه على وجود الحق وتعيين مقداره وحلول أدائه[٣٥] ، فالسند التنفيذى هـو الدليل الحاضر على الحق الموضوعى وتوافر شروطه • فاذا لم يدل السند التنفيذى على توافر هذه الشروط ، فلا يصلح سندا للبدء فى التنفيذ بمقتضاه ، وتكون باطلة تلك الاجراءات التى اتخذت بناء عليه • وعلى ذلك لا يصلح العقد الرسمى سندا تنفيذيا لاقتضاء فوائد التأخير عند عدم الوفاء ، كما لا يصلح عقد الايجار الرسمى سندا تنفيذيا لاقتضاء التعويضات المنصوص عليها نتيجة الاخلال به، ولا عقد البيع الرسمى سندا لاقتضاء قيمة الشرط الجزائى[٣٦] ، ولا السند الرسمى باقتضاء ما يستجد من فوائد دورية •

واذا كان ذلك هو الأصل ، فانه يجوز استثناء فى حالات معينة ، تكملة السند التنفيذى بسند تنفيذى آخر • ومن أمثلة ذلك أنه لا يجوز التنفيذ بمقتضى الحكم الصادر بمبدأ التعويض فى دعاوى المسئولية حيث أنه لا يدل بذاته على مقدار التعويض المستحق للمضرور ، ولكن يمكن تكملة هذا الحكم بالحكم الآخر الصادر بتقدير مبلغ التعويض المستحق • وكذلك الأمر بالنسبة للحكم الصادر فى الدعوى ، لا يجوز اعتباره سندا تنفيذيا بالنسبة للمصروفات القضائية اذا لم يحدد مقدارها واو عين الطرف الملتزم بدفعها ، وانما يكمل ذلك أمر تقدير المصروفات •

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يجوز تكملة السند التنفيذى

---

(٣٥) فتحى والى ص ١٣٦ ، بند ٧٣ ، احمد ابو الوفا ، بند ١٠٧ م. ص ١٥٤/٢٥٣ نقض ١٩٧٣/٦/١٢ — المجموعة ، س ٢٤ ، ص ٩٠٦ ، ١٩٧١/١/١٩ ، المجموعة س ٢٢ ، ص ٥٣ •

(٣٦) انظر فتحى والى ، بند ٧٣ ، ص ١٣٦ •

بسند خارجى ولو كان سندا عرفيا سابقا يشير اليـه السند التنفيـذى اللاحق صراحة ، مثل عقد البيع العرفى من شأنه أن يكمل الصلح الذى تم فى الجلسة بين البائع والمشترى ، مشيرا عقد الصـلح الى احتفـاظ البائعة بحقوقها المقررة فى عقد البيع(٣٧) .

● استثناء التنفيذ بعقد رسمى بفتح اعتماد :

العقد الرسمى بفتح الاعتماد هو العقد الموثق الذى يبرم بين البنك والعميل ، يلتزم البنك بمقتضاه أن يضع لحساب عميله مبالغ نقدية معينة تكون تحت تصرف العميل لمدة معينة ، يسحب العميل منها ما يحتاج اليه مقابل ايصالات يحررها للبنك بما يتم صرفه له ، وأن يلتزم العميل برد ما تم سحبه من هذا المبلغ مقابل ايصالات سداد يقوم بتحريرها البنك ، ويتم تصفية مركز العميل بعد ذلك فى ضوء تلك الايصالات المتبادلة .

فاذا أخل العميل بالتزامه ولم يسدد المبالغ التى قام بسحبها خلال فترة فتح الاعتماد ، فهل يكون للبنك التنفيذ على أموال العميل اقتضاء لتلك المبالغ استنادا الى عقد فتح الاعتماد ؟

الأصل أنه لايجوز التنفيذ بمقتضى عقدفتح الاعتماد الرسمى على أموال العميل ، لأن العقد ذاته وان كان موثقا ، لا يدل بذاته على وجود الحق ومقداره ، ولا يجوز الاستناد الى ايصالات السحب الموقعة من العميل ، تكملة للعقد الرسمى ، لأن هذه الايصالات مجرد سندات عرفية ، وأنها لاحقة على ابرام عقد فتح الاعتماد(٣٨) .

غير أن القضاء المختلط وجانب من الفقه(٣٩) قد أجاز استثناء للبنك التنفيذ على أموال العميل بمقتضى عقد فتح الاعتماد الموثق ، اعتبارا

---

(٣٧) فتحى والى ، بند ٧٣ ص ١٣٧ ، ورندنتى ، جـ ٣ ، بند ٢٠٦ .

(٣٨) فتحى والى ، بند ٧٤ ، ص ١٣٨ ، أبو الوفا — اجراءات ، بند ١٠٨ ص ٢٥٤ .

(٣٩) انظر ابو هيف — طرق التنفيذ والأحكام العديدة التى اشار اليها ، محمد حامد فهمى بند ١٠٣ .

بأن العميل قد أقر بأساس التزامه فى السند التنفيذى ، فضلا عن عدم وجود ما يوجب — فى نصوص القانون المختلط — توافر شروط الحق الموضوعى فى السند التنفيذى ذاته (٤٠) .

وقد انتقد البعض مسلك القضاء المختلط بأن عقد فتح الاعتماد لا ينشىء التزاما على العميل ، وانما هو ينشىء التزاما على البنك بوضع المبالغ — موضوع العقد — تحت تصرف العميل ، فهو لذلك يصلح سندا للتنفيذ على البنك وليس على العميل (٤١) .

وحيث كان سبب خروج القضاء المختلط على القواعد العامة يتمثل فى تشجيع الائتمان وتسهيل حصول البنوك التجارية على حقوقها ، الا أن هذا السبب لم يكن يسانده نص قانونى ، فان المشرع المصرى فى ظل القانون السابق ، تغليبا منه للجانب الاقتصادى وهو تشجيع الائتمان أورد السند القانونى لهذا الاعتبار ، ونص صراحة على جواز التنفيذ على العميل بمقتضى العقد الرسمى بفتح الاعتماد ، بشرط اعلان العميل بملخص لحسابه من واقع دفاتر البنك ، وذلك قبل البدء فى التنفيذ (٤٢) . وهو الأمر نفسه الذى سار عليه القانون الحالى والذى نصت على جواز التنفيذ بمقتضى العقد الرسمى بفتح الاعتماد بشرط أن يعلن معه مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية (م ١/٢٨٠/٣ مرافعات) ، وذلك حتى يعلم المدين (العميل) المبلغ الملتزم بأدائه للبنك .

---

(٤٠) محمد حامد فهمى ، بند ١٠٦ ، ص ٧٦ .

(٤١) رمزى سيف ، بند ١٢٩ ، ص ١٢٦ . فتحى والى ، ص ١٣٩ .

(٤٢) انظر نقض ١٩٧٧/١/٥ ، س ٢٨ ، ص ١٥٩ ، ١٩٧٣/٦/١٢ ، س ٢٤ ، ص ٩٠٦ وانظر أبو الوفا ، بند ١٠٩ ، ص ٢٥٥/٢٥٦ .

٢٠٣٧ — وجوب توافر شروط الحق عند البدء فى التنفيذ :

ولما كانت الشروط المتقدمة واجبة الاتباع للشروع فى التنفيذ ، استيفاء الحق موضوع السند الذى أكده ، فمن الواجب توافرها عند البدء فى التنفيذ فلا يكفى توافرها عند تحرير السند ، وانما يلزم وجودها عند البدء فى التنفيذ • كما لا يكفى توافرها بعد البدء فى التنفيذ اذا لم تكن قد توافرت عنده [٤٣] • وانما يكفى توافرها عند البدء فى التنفيذ ، ولو لم تكن متوافرة عند تكوين السند •

المطلب الثانى

العنصر الشكلى للسند التنفيذى

الصورة التنفيذية

٣٨ — تعريف الصورة التنفيذية وأهميتها :

لا يكفى لاتخاذ اجراءات التنفيذ ، كون الدائن صاحب حق موضوعى مستوف لشرائطه القانونية ، فى عمل قانونى يزوده المشرع بقوة تنفيذية ، بل يجب أن يكون بيد الدائن مستند وهو عبارة عن صورة من المحرر المثبت لهذا الحق [٤٤] • وهذه الصورة هى ما يطلق عليها الصورة التنفيذية • Le grosse

فالسند التنفيذى يجب — حتى يكون سببا منشئا للحق فى التنفيذ — أن يكون متمثلا فى الشكل القانونى الذى حدده المشرع • وهذا الشكل هو الصورة التنفيذية فما هى اذن الصورة التنفيذية •

---

(٤٣) ابو هيف ، بند ٧٣ ، ص ٥٦ . عبد الخالق عمر ، بند ١٢٨ ، فتحى والى ، بند ٧٢ ، ص ١٣٥ كارنيلوتى — نظم ، ج ١ بند ١٧٥ •

(٤٤) فتحى والى — المرجع السابق ص ١١٥ ، بند ٥٩ •

الصورة التنفيذية عبارة عن ورقة رسمية من المحرر المثبت للعمل القانونى المؤكد للحق (السند التنفيذى) ، موقعـة من موظف مختص ، مثبتا فيها مضمون السند التنفيذى ، ومذيلة بالصيغة التنفيذية .
La formule exécutoire

فهى اذن صورة من المحرر الأصلى للسند التنفيذى ، سواء كان حكما أو أمرا أو محضرا أو محـررا موثقا ، يوقعهـا موظف مختص (كاتب المحكمة أو الموثق) . وهذه الصورة الرسمية لا تعتبر صـورة تنفيذية ، وبالتالى لا تصلح للتنفيذ بمقتضاها الا اذا كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية ، وتتمثل هذه الصيغة فى عبـارات معينة تمثل أمرا للمحضرين باجراء التنفيذ ، ولرجال السلطة العامة لمعاونة المحضرين فى اجرائه . وتنص المـادة ٢٨٠/٤ على هذه الصيغة بقولها « على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر اليه متى طلب منها ، وعلى السلطات المختصـة أن تعين على اجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب اليها ذلك » .

وتنص المـادة ٢٨٠/٣ مرافعات عـلى أنه « لا يجوز التنفيذ الا بموجب صورة من السند عليها صيغة التنفيذ » .

ويشير البعض الى أهمية هذه الصيغة التنفيذية بأنها السـبب المباشر فى مبادرة المحضر الى تنفيذ الحكم وفى قيام السلطات المختصة بالمعاونة فى اجراء التنفيذ باستعمال القوة الجبريه ، وذلك لأن الحـكم بذاته لا يتضمن أمرا الى المحضر أو الى السلطات باجراء التنفيذ ، وانما يتضمن الزام المحكوم عليه بأداء ما عليه ، ولكن الصيغة التنفيذية هى التى تتضمن هذا الأمر [٤٥] ، ويراها البعض أنها العنصر المميز للصورة التنفيذية عن غيرها من الصور [٤٦] .

---

(٤٥) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١٩١ .

(٤٦) كارنيلوتى ، نظم — الجزء الاول ، بند ٣٢٩ .

ويعارض البعض الآخـر[٤٧] فى اعتبار الصيغة التنفيـذية أمرا بالتنفيذ ، اذ أن الأمر لا يكون الا الى موظفين خاضعين للأمر ، ولا يمكن اعتبار الكاتب أو الموثق رئيسا للمحضر أو رجال السلطة العامة وان قيل أنها أمر من القانون الى هؤلاء ، فان هذا الأمر قد تلقاه هؤلاء من القانون مباشرة بحكم وظيفتهم ، فلا يكونوا بحاجة الى أمر خاص فى كل حالة[٤٨] ويخلص من ذلك الى أنها ليست سوى وسيلة لتمييز الصورة التنفيذية عن غيرها من الصور[٤٩] .

ويراها البعض الآخر أنها ركن قانونى فى السند لا يقوم بدونها ، لأن السند لا يعد قائما الا عندما ترتدى الارادة الجزائية المعترف بها قانونا شكل الصـورة التنفيذية . فالحكم لا يرتب للمحكوم له حقا فى التنفيذ بمجرد صـدوره ، وانما يرتب هذا الأثر بعد استخراج صورته التنفيذية ، ولا يقوم المحضر بالتنفيذ الا بعد تسليمه هذه الصورة[٥٠] .

وهذا الرأى الأخـير هو الأقرب الى منطق الأمور ، اذ أنه يظهر الصورة التنفيذية على أنها تمثـل الشكل الخارجى للسند والذى يلزم توافره لنشوء الحق فى التنفيذ ، والتزام المحضر بالقيام بالتنفيذ . ولكن هذا لا يغنى عن مضمـون السند التنفيذى ، فاذا ما وضعت الصـورة التنفيذية خطأ على عمل لا يعترف له القانون بالقوة التنفيذية ، فلا يعتبر ذلك سندا تنفيذيا ، مع ملاحظة أن عدم وجود الصيغة التنفيذية لا يؤدى الى بطلان الحـكم أو الأمر أو العقد ، وانما تعنى عـدم صلاحية ذلك للتنفيـذ .

---

(٤٧) فتحى والى — المرجع السابق ، ص ١١٨ ، بند ٦٠ .

(٤٨) كيوفندا — مبادىء — ص ٢٥٩ — ٢٦٠ .

(٤٩) وقـد كان البعض يرى عـدم الحاجة الى اى تمييز للصـورة التنفيذية :

Paolo d'Onofrio : Commento al codice. di proc. Civ. V. II 1457. Utet No. 839 p. 14.

(٥٠) انظر وجدى راغب — المرجع السابق ص ٥٨ .

وتختلف الصــورة التنفيذية عن الصور الرسمية الأخرى للسندات التنفيذية • اذ أنه من الممكن أن تستخرج من أصل السند صورا رسمية موقعا عليها من الموظف المختص ، ولكنها لا تصــلح للتنفيذ نظرا لأنها تعتبر صورا بسيطة لعدم تذييلهــا بالصيغة التنفيذية ، وهذه الصور البسيطة تعطى لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن فى الدعوى •

٣٩ ـ الحالات التى يجوز التنفيذ فيها بغير الصورة التنفيذية :

لا يجوز التنفيــذ ، فى غير الأحوال المستثناة بنص القانون ، الا بموجب صورة من السند التنفيذى ، عليهــا صيغة التنفيذ (م ٢٨٠/٣ مرافعات) • يتضح جليــا من هذا النص أن الصورة التنفيــذية شرط ضرورى للبدء فى التنفيذ ، ولا يسوغ البدء فيه قبل تسليم المحضر لهذه الصورة التنفيذية للسند التنفيذى • والا كان التنفيذ باطلا ولا يصححه الحصول على هذه الصورة التنفيذية بعد ذلك •

على أنه من المتصور ـ فىحالاتاستثنائية ـ التنفيذ بدون الحصول على الصورة التنفيذية فما هى اذن هذه الحالات ؟ تقضى المادة ٢٨٦ من قانون المرافعــات على أنه « يجوز للمحكمة فى المــواد المستعجلة أو فى الأحوال التى يكون فيها التأخير ضــارا أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير اعلانه لأنه فى هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر ، وعلى المحضر أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ » •

يتضح من هذا النص ، أن المشرع قــد خرج على مقتضى الأصل العام ، بعدم جواز التنفيذ بغير الصورة التنفيذية ، وأجاز تنفيذ الأحكام المستعجلة ، أو حتى الأحكام الموضوعيــة فى الأحوال التى يكون فيها التأخير ضارا ، بموجب مسودتها ، أى بغير حاجة الى صورة تنفيذية من هذه الأحكام ، بشرط أن تأمر المحكمة فى حكمها بتنفيــذ الحكم بموجب مسودته • فاذا لم تأمر المحكمة بذلك ، فلا يجوز التنفيذ بغير الصورة

التنفيذية — رجوعا الى الأصل العام ، ولو كنا بصدد حكم مستعجل[٥١] .

ومن الطبيعى ألا تأمر المحكمة بتنفيذ الحكم بموجب مسودته ، الا بناء على طلب الخصم ، وهذا الطلب ليس حقا للخصم ، يكون عى المحكمة اجابته ، ولكن الأمر يرجع الى تقديرها .

ويرى بعض الشراح[٥٢] أنه يجوز تنفيذ بعض السندات بغير الصورة التنفيذية لها مثل : الأحكام أو القرارات الصادرة من القضاء بفرض غرامة على أحد الخصوم لتخلفه عن ايداع مستنداته ، أو اتخاذ اجراء من الاجراءات فى الميعاد الذى ضرب له ، أو لأنه تسبب فى تأجيل الدعوى، بسبب كان فى الامكان ابداؤه فى جلسة سابقة ، والعلة من ذلك فى رأيهم ، أن هذه الأحكام انما تصدر بقرارات ، يكتفى باثباتها فى محضر الجلسة ، ولا تكتب فى محرر مستقل ، ويتم تنفيذ هذه الأحكام على المحكوم عليه بعد اخباره بكتاب موصى عليه من قلم الكتاب ، ولذا فلا يتسنى استخراج صورة تنفيذية من هذه الأحكام .

ولكن هذا الرأى محل نظر ، لأن اثبات تلك القرارات فى محضر الجلسة وعدم كتابتها فى محرر لا يمنع من استخراج صورا من المحضر يتم وضع الصيغة التنفيذية عليه ، مثله فى ذلك مثل الصلح الذى يتم اثباته فى محضر الجلسة ، كما أن تنفيذ هذه الأحكام بعد اخبار المحكوم عليه بكتاب مسجل ، لا يدل الا على الاعفاء من اعلان هذه الأحكام بالطريق الرسمى ، وهو الاعلان على يد محضر ، والاعفاء من الاعلان لا يعنى التنفيذ بغير الصورة التنفيذية[٥٣] .

---

(٥١) محمد حامد فهمى — التنفيذ ، بند ٨٦ .
(٥٢) أحمد أبو الوفا — اجراءات ، بند ١٠٦ ، ص ٢٤٨ .
(٥٣) انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٢٠٧ — ٢٠٩ .

وعلى هذا لا نجد فى القانون المصرى من أحوال يمكن التنفيذ بغير الصورة التنفيذية الا الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٦ من قانون المرافعات .

٤٠ — كيفية الحصول على الصورة التنفيذية :

نظرا لأن حيازة الدائن للصورة التنفيذية — تنشىء له الحق فى التنفيذ لاستيفاء حقه الثابت فيها ، فان المشرع يضع من القواعد مايضمن عدم وصول هذه الصورة التنفيذية الا لصاحب الحق فى التنفيذ . وذلك على عكس الصور البسيطة والتى تعطى لكل من يطلبها — بعد أداء الرسم المقرر — ولو لم يكن له شأن بالدعوى .

ويقوم باعطاء هذه الصورة التنفيذية الموظف المختص ، وهو كاتب المحكمة التى أصدرت الحكم أو الأمر ، أو التى أثبت فى محضر جلستها عقد الصلح ، أو التى أودع قلم كتابها حكم المحكمة[٥٤] أو الموثق ، بالنسبة للمحررات الموثقة . وهذا الموظف هو الذى يقوم بتحرير الصورة من أصل المحرر ، ويوقع عليها بعد أن يضع على الصورة الصيغة التنفيذية ، ثم تختم بخاتم المحكمة (١٨١ مرافعات) .

ويراقب الموظف المختص مدى قوة السند التنفيذية ، فلا يعطى صورا تنفيذية الا للسندات التى يعترف لها القانون بالقوة التنفيذية . فلا يجوز لكاتب المحكمة اخراج صورة تنفيذية لحكم ابتدائى غير مشمول بالنفاذ المعجل ، أو لحكم لا يصلح سندا للتنفيذ مثل الأحكام التقريرية البحتة ، والتى لا تتضمن الالزام بأداء معين . فالصيغة التنفيذية وحدها ان وضعت على سند ما لا تكفى لقيام الحق فى التنفيذ الجبرى ، وانما يلزم أن ترد هذه الصيغة على صورة لعمل (سند) يعترف له القانون بقوة تنفيذية ، فان وضعت خطأ على سند لا يعترف له القانون بهذه القوة ،

---

(٥٤) وفى هذه الحالة لا يعطى قلم الكتاب المحكوم له صورة من حكم التحكيم فقط بل يعطيه صورة من امر تنفيذه — فتحى والى ، ص ١١٩ .

كحكم ابتدائى غير مشمول بالنفاذ المعجل ، فلا يجوز التنفيذ بها وان تم ، كان باطلا بطلانا لا يصححه حيازة الحكم بعد ذلك لقوته التنفيذية(٥٥).

ومن ناحية أخرى ، لا تعطى الصورة التنفيذية الا للشخص الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم أو الأمر أو المحرر (راجع المادة ١٨١ مرافعات) ، وبعبارة أخرى ، لا تسلم الصـــورة التنفيذية الا للخصم المحكوم له ، بأداء يقبل التنفيذ الجبرى . واذا تعدد المحكوم لهم أعطيت لكل منهم صورة تنفيذية يقوم بالتنفيذ بمقتضاها فيما يختص به وحده . ولا عبرة بتعدد المحكوم عليهم ، فيكفى صـــورة تنفيذية للتنفيذ عليهم جميعا بمقتضاها(٥٦) .

وفى حالة امتناع الموظف عن تسليم الصورة التنفيذية جاز للخصم المحكوم له أن يقدم عريضة بشكواه الى قاضى الأمور الوقتيـــة بالمحكمة التى أصـــدرت الحكم أو الأمر (١٨٢) أو التى يقع فى دائرتها مكتب التوثيق الصادر عنـــه المحرر الموثق ، ليصدر أمره فيها طبقا للاجراءات المقررة فى باب الأوامر على العرائض .

والأصل أن الخصم المحكوم له بشىء قابل للتنفيذ الجبرى لا يتسلم الا صورة تنفيذية واحدة ، اذ فى تعدد الصور تعدد للسندات التنفيذية مما يفتـــح المجال للفتن ، واستخدام الحكم أو السنـــد التنفيذى بعد استنفاده لقوته التنفيذية(٥٧) ولذلك لا تسلم صورة ثانية لذات الخصم الا فى حالة ضياع الصورة الأولى (١٨٣ مرافعات) . وذلك بعد اثبات ضياع الصورة الأولى قضائيا ، وذلك عن طريق دعوى ترفع بالاجراءات المعتادة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم ، أو الأمر أو أمام قاضى الأمور المستعجلة بالنسبة للمحررات الموثقة ــ للمطالبة بتسليم صورة ثانية من

---

(٥٥) فتحى والى ــ بند ٦٥ ، ص ١٢٦ ، أبو الوفا ــ اجراءات ص ٢٣٩ ، بند ١٠٤ .

(٥٦) أبو الوفا ، بند ١٠٤ ، ص ٢٣٩ .

(٥٧) عبد الباسط جميعى ــ محمود هاشم ــ المرجع السابق ص ١٩٤ .

السند التنفيذى[٥٨] ، وتحكم المحكمة بتسليم الصورة الثانية بعد التحقق من سبق وجود السند ، وضياع صورته الأولى أو هلاكها ، وللخصم أن يثبت ضيـــاع الصورة الأولى أو هلاكها بطرق الاثبات كافة نظرا لكون الضياع أو الهلاك واقعة مادية[٥٩] .

ويرى جانب من الفقهاء أن الموظف (كاتب المحكمة) يستطيع تسليم صورة تنفيذية ثانية للسند فى حالة ضياع أو هلاك الصورة الأولى — دون حاجة الى حكم بذلك ، اذا تحقق من انتفاء أية منازعة حول تسليمها وذلك اذا حضر جميع الخصوم أمامه واتفقوا جميعا على تسليم الصورة لطالبها[٦٠] .

ومن المعروف أنه يمكن تسليم الصورة التنفيذية الى خلف الخصم المحكوم له بشىء يقبـــل التنفيذ الجبرى ، أو خلف الخصم الناشىء له الحق من المحرر الموثق ، وســـواء كان هذا الخلف خلفا عاما ، أو خلفا خاصا بشرط أن تكون الخلافة قد نشأت بعد تكوين السند التنفيذى ، وأن تكون ثابتة ونافذة فى مواجهة الخصم.

ومن المعروف أنه لا يجوز التنفيذ بمقتضى صورة فوتوغرافية للسند التنفيذى ولو كان أصلها مودع بالشهر العقارى ، ومختوم بخاتمة صورة طبق الأصل[٦١] .

---

(٥٨) وجدى راغب ، ص ٦٠ .

(٥٩) جميعى — هاشم ، ص ١٩٧ ، محمد حامد فهمى ، ص ٦٦ ، وجدى راغب الاشارة السابقة .

(٦٠) فتحى والى ، المرجع السابق ص ١٢٤ ص ٦٣ .

(٦١) فتحى والى ، ص ١٢٤/١٢٥ ، بند ٦٤ ، أبو الوفا ، ص ٢٣٨ هامش .

الفصل الثـانى

انواع السندات التنفيـذية

٤٢ ــ تعـداد :

تنص المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات على أن السنـدات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصـلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة[1] .

وفى الحقيقة ، أن هذه الأنواع المختلفة للسندات التنفيـذية انما تمثل الأعمال القانونية التى يعترف لها القانون بالقوة التنفيذية . أما من حيث الشكل فيتخذ السند التنفيـذى دائما شكلا واحدا ، هو الصورة التنفيذية[2] والتى تحدثنا عنها فيما سبق .

والجدير بالذكر أن المشرع قد حرص على تعداد هذه السندات على سبيل الحصر ، نظرا لما يترتب على التنفيذ من آثار خطيرة فى جانب المدين. ولذلك لا يجوز التنفيذ بغير واحد منها .

---

(١) أما القانون الايطالى فيحدد السندات التنفيذية فى الأحكام والأوامر التى يعترف لها بالقوة التنفيذية . والكمبيالات وسندات الدين والأعمال التى يعترف لها القانون صراحة بالقوة التنفيذية . والمحررات الموثقة الصـادرة عن الموثقين Notai ، وعن الموظفين العموميين المرخص لهم بتوثيقها وذلك بالنسبة للالتزامات التى يكون محلها مبالغ نقدية (راجع نص المادة ٤٧٤ من قانون المرافعات الايطالى) وراجع التعليق عليها فى :
Paolo d' onofio Commento al cedice di prècedure civile. Utet VII 1957,e p. 1 seg.

(٢) انظر وجدى راغب . النظرية العامة للتنفيذ القضائى ص ٦١ .

ومن ناحيــة أخرى ، فان المشرع قد اعترف للأفــراد — فى سبيل تخفيف العبء على المحاكم ، وتخفيف وطأة التقاضى على الخصــوم — بحق الالتجاء الى غير القضاء ، فى سبيل حل منازعاتهم ، سواء الى فرد أو أكثر ، يحتكمون اليه أو اليهم • ويصدر المحكم (أو المحكمين) حكما منهيا للخصومة ، ويعترف القانون له بقوة تنفيذية •

ومن ناحية ثالثة ، فان المشرع فى الدولة الحديثة ، نظرا لازدياد وتشعب المعاملات والعــلاقات بين أفراد المجتمع الدولى — قد اعترف بالقوة التنفيذية لأحكام وأوامر وسندات السلطات الأجنبيــة ، وذلك بشروط معينة •

وندرس على التوالى السندات التنفيــذية وهى الأحكام والأوامر القضائيــة ، ثم المحررات الموثقة ، فأحكام المحكمين ، فمحاضر الصلح والأوراق الأخرى التى يعترف لها القانون بالقوة التنفيذية وأخيرا نتعرض لتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية بصورة مجملة ، لأنها تدخل ضمن مباحث القانون الدولى الخاص ، كما أن هناك قرارات ادارية يعترف لها المشرع بالقوة التيفيذية ، يمكن التنفيذ بها لصالح الادارة • ولكننا لن نتعرض لهذه القــرارات نظرا لدخولها ضمن مبــاحث القانون الادارى والقانون المالى(٣) •

وجدير بالذكر ، أن مجرد وجود هذه الأعمال القانونية ، على أية صورة ، لا يكفى لاعتبارها سندا تنفيذيا ، وانما لابد أن ترد هذه الأعمال فى الصورة التنفيذية ، فهى التى تثبت ، على ما رأينا لتلك الأعمال قوتها فى التنفيذ •

---

(٣) Redenti Enrico : Diritto processuale civile V. III Giuffre 1957, No. 207, p. 131.

المبحث الأول

الأحكام القضائيـــة الوطنية

٤٣ ــ تمهيـــد :

تعتبر الأحكام القضائية من أهم السندات التنفيذية على الاطلاق ، فهى أقوى أدوات التنفيذ من حيث تأكيدها للحق الموضوعى المراد التنفيذ وفاء له، والسبب فى ذلك أن الأحكام لا تصدر الا بعد التحقق من ادعاءات المحكوم له واثباتها . وذلك فى خصومة قضائية ، تقوم على مبادىء معينة تكفل تحقيق العدالة[٤] .

ونقتصر ــ فى هذه الدراسة ــ على الأحكام القضائيـــة الصادرة فى المواد المدنية والتجارية ، وغيرها من المسائل التى تدخل فى ولاية القضاء المدنى • ولن ندخل فى دراسة تنفيذ الأحكام الصادرة فى المواد الجنائية الصادرة بتوقيع العقوبة الجنائية السالبة أو المقيدة للحرية • أما الأحكام الصادرة من القضاء الجنائى بالزام المتهم بدفع تعويض ــ قدره الحكم ــ الى المجنى عليه ، كان هذا الحكم سندا تنفيذيا فى مفهوم قانون المرافعات، وكذلك الأحكام الجنائية الصادرة بالغرامة وبالتعويضات والمصاريف[٥] ، ومن ناحية أخرى لن نتناول تنفيذ أحكام القضاء الادارى •

على أن المشرع فى تحديده للقوة التنفيذية للأحكام . لم يشأ أن يساوى بينها ، اذ رأى أن هناك من الأحكام ما تكون دليلا قويا ، وسندا متينا على وجود الحق المنفــذ من أجله ، فاعترف المشرع لهـــا بالقوة التنفيذية العادية ، ومنها ما لا تؤكد الحق بصفة قاطعة ، نظرا لاحتمال الغائها فى درجة التقاضى التاليـــة (الاستئناف) وغير أن هناك ظروفا

---

(٤) عبد الباسط جميعى ــ محمود هاشم ــ المرجع السابق ص ٧٦ .
(٥) فتحى والى ــ المرجع السابق • ص ٣٧ بند ٢١ .

تستدعى سرعة تنفيـذ هذه الأحكام ، لأن المصلحة المراد حمايتها تكون مهددة بفوات حمايتهـا اذا ما فات الوقت ، انتظارا لصـيرورة الحكم انتهائيا . وتوفيقا بين هذين الاعتبارين : اعترف المشرع لهذه الأحكام بقوة تنفيذية مؤقتة . والاعتراف للأحكام بالقوة التنفيذية العادية ، أو المؤقتة ، لا يمنع من اعطاء القضاء سلطة فى وقف هذه القوة التنفيذية .

وسوف نتناول دراسة القوة التنفيذية لأحكامنا هذه فى مطلبين اثنين: نتناول فى الأول القوة التنفيذية العادية للأحكام وامكانية وقفها ، وفى الثانى نتحدث عن القوة التنفيـذية المؤقتة للأحكام وسلطة القضاء فى وقفها .

المطلب الأول

القوة التنفيذية العـادية للأحكام وسلطة وقفها

الفـرع الأول

القوة التنفيذية العـادية للأحكام
النفاذ العـادى

٤٤ ـ تعريفها وشروطها :

وضع المشرع القاعدة العامة فى تنفيذ الأحكام القضائيـة فى المادة ٢٨٧ من قانون المرافعات ، والتى تقضى بأنه « لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزا ... » ويستفاد من هذا النص أن الأحكام الابتدائية لا يجوز تنفيذها .. كما أن ـ وبمفهوم المخالفة ـ الأحكام الانتهائيـة ، وهى التى لا يجوز استئنافها ، يجوز تنفيـذها . ولا يمنع من تنفيذها قابليتها للطعن فيها فعلا بطريق من طرق الطعن غير العادية ، بل أن الطعن فيها فعلا بطريقة منها لا يقف تنفيذها ، اذا كان قد بدىء فيه ، ولا يمنع من البدء فيه اذا لم يكن قد بدىء فى تنفيذها . وحكمة هذه القاعدة تتمثل فى منع المحكوم عليهم بأحكام انتهائية من اتخاذ

طرق الطعن غير العادية وسيلة للتسويف والمطل وتأخير وصول الحق الى مستحقه •

وتمثل هذه القاعدة : النفاذ العادى للأحكام ، أى القوة التنفيذية العادية المقررة للأحكام القضائية •

ولكى يكتسب الحكم هذه القوة يجب توافر شروط معينة فيه ، اذ أن هذه القوة لا تكتسبها سائر الأحكام القضائية وانما نوع منها فقط هو الذى يتوافر فى شأنه شرطان هما :

٤٥ — أن يكون الحكم من الأحكام الجائز تنفيذها جبرا :

من المعروف أن القضاء يقوم باصدار العديد من الأحكام القضائية ، المحققة الحماية القانونية الكاملة • فالقضاء — أداء لوظيفته — يمنح صورا ثلاث للحماية القضائية ، هى الحماية الموضوعية ، والحماية الوقتية، وثالثها تتمثل فى الحماية التنفيذية ، عندما تصل درجة الاعتداء على الحق أو المركز القانونى الى احداث تغيير مادى فى الحق أو المركز القانونى ، على نحو لا يتطابق فيه الواقع مع القانون • فيتدخل القضاء لازالة هذا الاعتداء ، أى لاعادة التطابق الفعلى بين الوضع الواقعى ، والوضع القانونى للحق أو المركز وهذه الحماية التنفيذية ، والتى تمارس من خلال أحكام موضوعية أو أحكام وقتية •

على أن الذى يهمنا فى هذا المقام هو الحماية الموضوعية والتى تمارس من خلال العمل التأكيدى للواقع القانونى ، أى تأكيد وجود الحقوق أو عدم وجودها ، أى من خلال الأحكام الموضوعية ، وهى ثلاثة أنواع •

٤٦ — ١ — الأحكام التقريرى Jugement declaratoire dichiartivo

اذا كانت الحماية المطلوبة من القضاء هى مجرد ازالة الشك أو الغموض حول مركز قانونى أو حق ، فيتدخل القضاء — بما له من

سلطة — باصدار حكم يؤكد فيه وجود الحق أو المركز القانونى أو عدم وجوده ، ويسمى الحكم فى هذه الحالة حكما تقريريا ، ويصدر فى دعوى تقريرية [٦] .

والدعوى التقريرية قد تكون دعوى ايجابية Positiva وقد تكون سلبية Negativa ، بمعنى أن المدعى قد يرفع الدعوى طالبا تأكيد حق له قبل المدعى عليه ، أو طالبا تقرير عدم وجود حق للمدعى عليه قبله • ولذلك يعرف الحكم التقريرى بأنه الحكم الذى يؤكد حق المدعى أو ينفى حق المدعى عليه [٧] • ويؤدى الحكم التقريرى وظيفته بتحقيق الحماية الكاملة بمجرد صدوره بتأكيد وجود الحق أو عدم وجوده ، دون الزام المعتدى بشىء • اذ أن الاعتداء الذى أدى الى صدور الحكم ، قد اقتصر على مجرد المعارضة أو التشكيك فى حق المحكوم له كمن ينازع فى صحة العقد • فيرد هذا الاعتداء بمجرد صدور الحكم بصحة العقد • ونظرا لأن الحكم التقريرى لا يتضمن الزام المحكوم عليه بأداء معين ، فلا يتمتع بالقوة التنفيذية ؛ ولا يصلح لأن يكون سندا تنفيذيا [٨] .

---

(٦) انظر فكرة هذه الدعوى فى :

Chiovenda : Azioni e sentenza di mera accertamento. Riv. dir. proc. civ. 1933, 1,3. Romano-Castellana, l'azione di pure accertamento nel diritto privato, Palermo 1913. Zenzucchi, Dir. proc. civ. Guiffré 1964, 1 No. 10, p. 134. Costa, Manuale, Dir. proc. civ., 1973, No. 26 p. 36.

(٧) انظر كوستا سيرجو — المرافعات — الاشارة السابقة ، زانزوكى — السابق ص ١٣٤ .

(٨) كوستا — المرجع السابق ص ٣٨ :

Chiovenda : Principii-di dir. proc. civ. Napoli 1965 p. 176, Redenti Enrico, Dr. proc. civ. Giuffré 1957, III. p. 126. Andrioli V. Commento al ced proc. civ. II, 1957, p. 14, d'Onefrio, Commento, 11 p. 6 No. 832, Bucolo F. il procedimento d'esecuzione nella giurisprudenza - Cedam 1967, p. 7' No. 5.

٤٧ — ٢ — الحكم المنشىء Jugement constitutif

وهو الحكم الذى يحدث تغييرا فى الحق أو المركز القانونى ، سواء كان هذا التغيير بالانشاء أو التعديل أو الانهاء بالنسبة للحق أو المركز القانونى . ويتفق هذا الحكم مع الحكم التقريرى فى أن كليهما يقـوم بمهمة تقريرية لحق أو مركز قانونى سابق ، ولكن يتميز الحكم المنشىء عن الحـكم التقريرى فى أن الأول انما يحـدث تغييرا فى مركز قانونى سابق ومن ثم ينتج آثارا قانونية جديدة[٩] .

ومحل الحكم المنشىء هو حق من الحقوق الارادية

Diritti potestativi التى يعترف بها المشرع للأفـراد اذ أن المشرع يعترف لهم بالقدرة على ترتيب آثار قانونية معينة ، أى احداث تغيير قانونى معين ، وهذا هو مضمون الحق الارادى ، الا أن القانون يتطلب — فى حالات معينة ، لعجز فى الارادة ذاتها أو حماية لمصلحة معينـة — لاحداث هذا التغيير تدخل يحدث حتما من جانب القضاء . للتأكد من شرعية هذه الحقـوق الارادية ، والتـأكد من توافر الشروط الشـكلية والموضوعية المقـررة لهما ، فيتدخل القضـاء فى هذه الحالة — اعمالا لارادة المشرع ، وبناء على طلب صاحب الحق الارادى فى التغيير —

=

راجع كذلك زانزوكى — المرجع السابق ص ١٣٩ بنـد ١٥ ، وراجع فى الفقه المصرى د. فتحى والى . الوسيط ص ١٣٢ بند ٦٧ ومؤلفه فى التنفيذ الجبرى ص ٣٨ . وجدى راغب فهمى — النظرية العامة للتنفيذ القضـائى ص ٦٣ . عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ، ١٩٧٧ ، ص ١٦٢ ، وهـو ما استقر عليه القضاء الايطالى ، راجع حكم نقض مدنى ٣ يونية ١٩٥٠ رقم ١٣٧٧ منشورفى :

Pala 330 Donato : Mas' generale, Morano, p. 39 N0 4.

ونقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ رقم ٣٣٦٠ ، منشور فى دونو فريو السـابق ص ٦ .

(٩) كوستا — المرافعات ص ٤٠ بند ٧٧ ، زانزوكى — جزء أول — بند ٢١ ، ص ١٤٥ . راجع فكرة الحكم المنشىء أيضا فى كوفندا ، نظم ، ص ١٧٩ وما بعدها . بوكواو ، المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها ، بند ٧ .

باحداث التغيير المطلوب : اما بانشاء حق أو مركز قانونى جديد ، أو بتعديل أو انهاء مركز قانونى قائم • ويترتب هذا الأثر لصاحب الحق الارادى فى مواجهة الطرف السلبى ، دون أن يلتزم الأخير بأداء معين وانما يخضع لهذا الأثر خضوعا لا يتطلب تدخله [١٠] •

ولما كان الحكم المنشىء يقتصر على مجرد احداث هذا التغيير ، دون أن يلزم المحكوم عليه بأداء معين ، فانه يؤدى وظيفته فى تحقيق الحماية القضائية دون أية اجراءات أخرى ، أى دون الحاجة الى الحماية التنفيذية • ولذلك فهو لا يصلح أن يكون سندا تنفيذيا يتم التنفيذ بمقتضاه •

٤٨ — ٣ — حكم الالزام Jugement de condamnation

رأينا أن الاعتداء على الحق أو المركز القانونى ، قد لا يقف عند حد المعارضة أو المنازعة حول وجود الحق أو المركز ، وانما يتعدى ذلك ، الى حد احداث تغيير مادى فى الحق أو المركز ، تغييرا لا يتطابق مع ارادة القانون ؛ فتنشأ لصاحب الحق أو المركز القانونى مصلحة Interesse ad agire فى رد هذا الاعتداء ، بالزام المعتدى بأداء معين يتمثل فى رفع الاعتداء الذى أحدثه ، وذلك لمطابقة المركز المادى مع المركز القانونى • فيطلب الى القضاء حمايته ، عن طريق دعوى الالزام ، والتى يصدر فيها الحكم بالزام المدين (المحكوم عليه) بأداء معين قابل للتنفيذ الجبرى ، كجزاء للاعتداء الذى أحدثه • مثال ذلك دعوى مالك العقار أو المنقول ضد غاصب العقار أو المنقول والزامه برده أو الدعوى التى يرفعها المضرور بالزام المسئول بدفع مبلغ التعويض المحكوم به •

---

(١٠) وجدى راغب : مذكرات فى قانون القضاء المدنى — ص ٦٠ وما بعدها •

ولا شك أن حكم الالزام هو الأكثر شيوعا Piu frqueuenje في الحياة العملية ، نظرا لأن الاعتداء على الحق أو المركز القانوني غالبا ما يقترن باحداث تغيير فيه . ولا يقتصر المدعى عادة على مجرد تقرير حقه أو مركزه القانوني ، بل يطلب الزام المدعى عليه بأداء معين [١٢] .

واذا كان حكم الالزام ، مثله مثل سائر الأحكام الأخرى ، يقوم بمهمة تقريرية بحتة ، عن طريق ما يحققه من تأكيد للحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، الا أنه يتميز عنهما بأنه يعتبر سندا تنفيذيا [١٣] لأنه يلزم المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبرى . ولذلك فقد أثار نقاشا في الفقه حول طبيعته القانونية ، مع التفصيل الآتى :

— نظرية الأمر :

ذهب البعض الى أن حكم الالزام يتضمن عنصرين هما : تقرير ارادة القانون في حماية الحق ، أى تقرير الحق المدعى ، ثم أمرا بالزام المحكوم عليه بأداء معين . وهذا الأمر هو الذى يميز حكم الالزام عن غيره من الأحكام . وهو أمر محدد Incomcreto موجه من القاضى الى المحكوم عليه بالأداء . اذ أن القاعدة القانونية انما تتضمن أمرا مجردا وعاما ، وبصدور الحكم يتحدد هذا الأمر ، ويوجه الى شخص

---

(١١) كيوفندا — مبادىء المرافعات ص ١٥٧ . كوستا ، وجيز المرافعات ص ٣٢ بند ٢٢ ، زانزوكى — المرجع السابق ، ص ١٣٩ بند ١٦ .

(١٢) فتحى والى — بند ١٣٠ قانون القضاء ص ٢٤٣ . وكذلك :
Michelli : Corso di diritto processuale, civile, I, No. 14.

(١٣) Chuche et Vincent : Voies d'execution 1970, p. 33 No. 23.

والذى يقرر ان السندات التنفيذية تتمثل في أحكام الالزام وفي المحررات الموثقة :

Les actes, ainsi revetus de la formule executoire sont les jugements qui contiennentcondamnation et les actes nataries.

معين هو المحكوم عليه(١٤) وقد اعترض على ذلك بأن الأمر ، ايما يوجد ويوجه الى المحكوم عليه قبل صدور الحكم • فالقاعدة القانونية انما تلزم مثلا المقترض برد مبلغ القرض عند حلول الأجل ، الحكم الذى يصدر لا يتضمن أمرا جديدا ، وانما يطبق القاعدة القانونية فحسب اذا توافرت شروط تطبيقها •

وهذا الاعتراض ، هو ما أدى بالبعض من أنصار فكرة الأمر الى القول بأن حكم الالزام ، انما ينشىء أمرا جديدا لا يوجه الى المحكوم عليه ، وانما يوجه الى السلطة العامة القائمة بالتنفيذ الجبرى (١٥) •

ولكن يمكن الرد على أنصار فكرة الأمر ، بأن المحضر أو الموظف الذى يقوم بالتنفيذ ، انما يقوم بذلك — اعمالا منه لوظيفته — مأمورا بالقانون المنظم لهذه الوظيفة ، وليس من الأمر المزعوم وجوده فى الحكم • فضلا عن أن البحث فى طبيعة عمل معين يجب النظر فيه الى عناصره ، ولا يكتفى بالنظر الى وظيفته (١٦) •

— نظرية التحول :

ذهب رأى آخر فى الفقه الايطالى الى أن ما يميز حكم الالزام عن غيره • تحويله لالتزام المدين من التزام يتوقف أداؤه على تدخل من جانب المدين الى مجرد خضوعه Soggezione لقوة السلطة العامة (١٧) •

---

(١٤) Rocco Alfrade : La sontenza civile, Torimo, 1906, p. 148 e seg Uge Rocco. Trattato. II p. 240.

وانظر زانزوكى — المرافعات — ج ١ ، ص ١٤٠ بند ١٦ •

(١٥) زانزوكى — الاشارة السابقة ، كيومندا — مبادىء ص ١٥٧ •

(١٦) فتحى والى — التنفيذ — ص ٤١ بند ٢٣ •

(١٧) Calamandrei : La condanna, la studi sul processo, civile, III, padova 1934, p. 179.

وانظر عرض هذا الرأى فى : فتحى والى ص ٤٢ ، التنفيذ وتعده ، ويشير سيادته الى راى بيتى Betti الذى يرى أن حكم الالزام يحول الحق =

ـ نظرية المحل المميز لحكم الالزام :

ذهب رأى آخر الى أن حكم الالزام لا يفترق عن سائر الأحكام الأخرى بتركيبه ، لأنه قضاء موضوعى مثل غيره . ولكن هو يتميز عن غيره من الأحكام بمحله الذى يجعله قابلا للتنفيذ الجبرى . وفى تحديد محل حكم الالزام اختلف الفقهاء فى هذا الصدد فمنهم من ذهب الى أن محل حكم الالزام تقرير عمل غير مشروع (١٨) Accertamento un atto Illecito واعترض على هذا الرأى بأنه ليست كل أحكام الالزام تتضمن تأكيدا لعمل غير مشروع مثل الحكم الذى يلزم المدين بالدفع مع تحديد موعدا لذلك . فضلا عن أن هناك أحكاما مؤكدة لعمل غير مشروع ومع ذلك لا تعتبر أحكام الزام(١٩) وهذا ما دعا الفقيه الكبير Carnelutti الى العدول عن رأيه السابق مقررا أن الحكم بالالزام هو الذى يؤكد مسئولية Responsabilita تستلزم تطبيق الجزاء (٢٠) . ولكن هذا القول بدوره مردود عليه بأن تأكيد المسئولية قد يكون موضوعا لحكم منشىء ، أو لحكم تقريرى .

ومن الفقهاء من ذهب (٢١) الى أن موضوع حكم الالزام انما يتمثل

=

فى الدعوى الى حق فى التنفيذ اذ ان خضوع المدين للحق فى الدعوى الموجود قبل حكم الالزام يتحول بهذا الحكم الى خضوع للتنفيذ وذلك عن طريق قيام حكم الالزام بتأييد ارادة المشرع الموجودة قبله (انظر فتحى والى ص ٤٢ — ٤٣ وهامش (١) وانظر تأييد هذا الرأى فى كوستا — السابق ص ٣٤ .

(١٨) Carnelutti : Lezieni di diritto processuale civile, padova 1926, II, p. 32.

ومن الفقهاء الذين يأخذون برأى كارنيلوتى الفقيه ماندريولى .

(١٩) انظر هذا الرأى ونقده فى كوستا ، ص ٣٣ بند ٢٢ .

(٢٠) Carnelutti : Istituzioni del Nouv. dir. proc. civ. it, Roma 1951.

(٢١) Liebman, Manuale : 65 in, Cesta, p. 33 cit. (12).

فى تطبيق الجزاء جبرا ، نظرا لعدم تطبيقه اراديا ، فحكم الالزام هـو الذى ينشىء الجزاء فى الحالة المعينة (٣٢) .

ومن الفقهاء من ذهب (٣٣) الى أن حكم الالزام لا يفعل سـوى تأكيد مركز قانونى سابق عليه ، ويجب البحث عن مميز للحكم الالزامى فى الرابطة القانونية أو المركز القانونى الذى يـرد عليه التأكيد ، ويرى أن المميز لحكم الالزام هو أن التأكيد الذى يتضمنه الحكم ، هو حـق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين ويرى انه لا يعتبر حكم الزام ، الحكم الذى يؤكد حقا اراديا لأنه لا يقابله التزام ، وانما مجرد خضوع من الطرف السلبى فى الرابطة القانونية • ولكن هذا الرأى تعرض بدوره للنقد « اذ يوهم بحرمان الحقوق التى لا تقابلها التزامات من الحماية عن طريق حكم الالزام مثل حق الملكية ، وهو حق لا يقابله التزام يمـكن حمايته عن طريق حكم الالزام عند الاعتداء عليه . بالزام المعتـدى برد المال المعتدى عليه ودفع تعويض عن الأضرار التى أصابته(٢٤) » ولكن يمكن الرد بسهولة على هذا النقد اذ أن حق الملكية باعتباره حقا عينيا ، انما يقابله التزام يقع على عاتق الكافة باحترام الملكية وعدم الاعتـداء عليها ، فالكل مدين — ما عدا صاحب الملكية — باحترام حق الملكية (٢٥) .

— الرأى الراجح :

وأيا ما كان الخلاف الفقهى حول طبيعة حكم الالزام فاننا نـرى أن لكل رأى من هذه الآراء جانبا من الصحة ، وقدرا من الحقيقة ، وكلها

---

(٢٢) راجع هـذا الراى ونقـده فى : فتحى والى ، ص ٤٤ ، ٤٥ ، هامش (٢)

(٢٣) انظر فتحى والى ، ص ٤٣ وما بعدها وهامش (١) من ص ٤٥ .

(٢٤) وجدى راغب ، مبادىء القضاء المدنى — ص ٥٨ — ٥٩ .

(٢٥) وهذا هو راى الفقيه الفرنسى « بلانيول » — مشار اليـه فى السنهورى ، الوجيز فى شرح القانون المدنى — (١) نظرية الالتزام بوجه عام سنة ١٩٦٦ بند ٢ ص ٤ ، ٥ .

تدور حول فكرة واحدة وهى ان حكم الالزام يتميز عن غيره من الأحكام الأخرى بأمر معين هو كون هذا الحكم سندا تنفيذيا ، فهو عمل قانـــونى يؤكد وجود حق أو مركز قانونى ، يجب لرد العدوان الواقع عليه ، اتخاذ محموعة من الاجراءات ، هى اجراءات التنفيذ الجبرى ، لحماية هـــذا الحق أو المركز حماية كاملة ، عن طـــريق توقيع الجزاء القانـــونى الذى تضمنته القاعدة القانونية التى تمت مخالفتها .

ولذلك نذهب مع من قال [٢٦] بأن محل حكم الالزام هو تطبيـــق الجزاء القانونى . اذ أن حكم الالزام لا يقتصر على تأكيد الحق أو المركز القانونى ، وانما يؤكد الالتزام الذى يفرضه القانون كجزاء للاعتداء على الحق أو المركز ، وهذا الحكم يؤدى وظيفته الموضوعية بتأكيد الحق أو المركز القانونى ؛ وكذلك يؤدى وظيفة أخرى تحضيرية بالنسبة لاجراءات التنفيذ ؛ وذلك لتنفيـــذ الجزاء القـــانونى الذى أكده حـــكم الالزام وحدده [٢٧] .

٤٩ — القوة التنفيذية لا تكون الا لأحكام الالزام :

يتضح من العرض السابق ، أن القوة التنفيذية لا تكون الا لأحكام الالزام وحدها [٢٨] دون غيرها من الأحكام التقريرية أو المنشئة ، ذلك

---

(٢٦) انظر وجدى راغب — مذكرات ، ص ٢٩ . ليبمان — الموجز ، ص ٦٥ ، وما بعدها .

(٢٧) انظر كيوفندا — مبادىء ص ١٥٨ .

(٢٨) وعلى هذا يجمع الفقه والقضاء . راجع — كوستا — المرجـــع السابق الاشارة اليه ، بند ٢٥ ص ٣٦ ، وبند ٢٦ وما بعدها ، ص ٣٦ وما بعدها ، زانزوكى — المرجع السابق ، بند ١٨ ، ص ١٤٣ ، وراجع أيضا بند ١٥ ص ١٣٩ ، وبند ٢٦ ص ١٥١ ، كيوفندا مبادىء ، ص ١٥٧ — ١٩٦ . ردنتى — المرجع السابق بند ٢٠٧ ص ١٢٦ .

أندريولى — السابق الاشارة اليه — تعليق — الجزء الثانى ، ص ١٤ ، مونوفريو — تعليق — جزء ثان — ص ٦ رقم ٨٣٢ .

Lugo Andrea : Manuale di dir proc. civ. Giuffre 1960, p. 250 No. 177.

لأن الأحكام التقريرية انما تستنفد الغرض منها بمجرد صدورها ، وهو تحقيق الحماية القانونية الكاملة وذلك بتأكيد الحماية القانونية أى تأكيد وجود أو نفى الحق أو المركز القانونى • وكذلك الأحكام المنشئة تستنفد هى الأخرى ، الغرض منها بمجرد صدورها ، عن طريق احداث التغيير القانونى ، بانشاء رابطة قانونية جديدة محل الرابطة السابقة ، فتتحقق الحماية كاملة اذن بمجرد صدور الحكم المنشىء •

أما حكم الالزام فهو الذى يقبل التنفيذ الجبرى ، لأن الحماية القانونية التى يتضمنها الحكم لا تتحقق بصدوره ، وانما يجب على المحكوم عليه — اما اختيارا أو جبرا — القيام بعمل معين يتمثل فى أداء ما لصالح المحكوم له ، فان امتنع عن ذلك وجب اتخاذ اجراءات أخرى لاحقة لتنفيذ الجزاء القانونى الذى أكده وحدده حكم الالزام ، وهذه الاجراءات هى اجراءات التنفيذ الجبرى •

ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن عدم الاعتراف للأحكام التقريرية أو المنشئة ، بصلاحيتها للتنفيذ ، لا يعنى تجريد هذه الأحكام من أى قوة ، فالمشرع يعترف لهذه الأحكام بصلاحيتها لاتخاذ الاجراءات التحفظية (م ٢٨٧/٢ مرافعات) اذ يجوز توقيع الحجز التحفظى على أموال المدين بمقتضاها • كما أنه يعترف لهذه الأحكام بصلاحيتها للتنفيذ بالنسبة الشق الذى يلزم الحكم فيه أحد الخصوم بأداء معين ، كالحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ البيع مع الزام المدعى عليه بالمصروفات التى قدرت فى نفس الحكم •

=

بوكراو — المرجع السابق الاشارة اليه ص ٧ بند ٥ وما بعدها •
Chuche et Vincent : Voies d'exeration 1970, p. 33 No. 23.

وفى الفقه المصرى — فتحى والى — قانون القضاء ص ٢٣٤ • والتنفيذ ص ٣٨ بند ٣٢ • وجدى راغب ، النظرية العامة للتنفيذ ص ٦٣ ، عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ، ١٩٧٧ص ٦٢ • أبو الوفا بند ١٩ ص ٤٢—نقض مدنى ايطالى ١٩٥٠/٦/٣ منشور فى بلاتزودوناتو ص ٣٩ ، ١٩٥٥/١٠/٢٠ فى دنوفريو ج ٢ وغيرهما من الأحكام •

٥٠ — الشرط الثانى : أن يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى :

يجب لتمتع الحكم بالقوة التنفيذية العادية ، فضلا عن كونه حكما بالالزام ، أن يكون انتهائيا • ويكون الحكم كذلك اذا لم يكن قابلا للطعن فيه بالاستئناف [٢٩] • وكان القانون القديم يشترط لتنفيذ الحكم تنفيذا عاديا أن يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى ، أى عدم قابليته للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية ، المعارضة أو الاستئناف • وقد ألغيت المعارضة فى المواد المدنية والتجارية [illegible] من سنة ١٩٦٢ وبالغاء المعارضة، أصبحت الأحكام الابتدائية حائزة لقوة الأمر المقضى[٣٠] •

وعلى ذلك يجب — لاكتساب الحكم صلاحيته للتنفيذ — أن يكون حكما حائزا لقوة الأمر المقضى بغض النظر عن المحكمة الصادر منها ، أى سواء كان صادرا من محاكم الدرجة الأولى أو كان صادرا عن الدرجة الثـانية :

١ — الأحكام الصادرة من قضاء الدرجة الأولى :

يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى ولو كان صادرا من قضـاء الدرجة الأولى فى الحالات الآتية :

---

(٢٩) وان كان البعض يرى أن الحـكم يكون انتهائيا وقابلا للتنفيـذ الجبرى ، ولو كان قابلا للطعن فيه بالاستئناف استثناء من القواعد العامة ، كما لو كان الحكم صادرا بصفة انتهائية باطلا وبناء على اجراء باطل اثر فى الحكم (م ٢٢١) أو كان صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى (م ٢٢٢ مرافعات) انظر احمد أبو الوفا — اجراءات التنفيذ بند ٢١/م ، والى — بند ٢٣ ص ٤١ • وقارن وجدى راغب ص ٦٣ ، ٦٤ هامش (١) •

(٣٠) ومع ذلك يذهب راى فى الفقه الى القول بانه فى الحالات التى يكون فيها الحكم قابلا للطعن فيه بالمعارضة (كما لو كان صادرا غيابيا فى مسالة من مسائل الأحوال الشخصية ، فلا يجوز تنفيذ هذا الحكم تنفيذا عاديا الا بعد صيرورة الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى • انظر محمد على راتب ، نصر الدين كامل — الجزء الثانى ص ١٦٠ بند ٤٤٧ • امينة النمر — احـكام التنفيذ سنة ١٩٧١ ، ص ١٦٧ •

ـ اعمالا لارادة المشرع :

اذ قد ينص القانون على أن أحكاما معينة ، فى حالات محددة تصدر من محكمة الدرجة الأولى بصفة انتهائية . كالحكم الصادر فى المنازعة الخاصة باقتدار الكفيل .

ـ اذا كان حكما حضوريا صادرا فى النصاب الانتهائى للمحكمة التى أصدرته : كما لو كان صادرا فى أقل من ٥٠ جنيه من المحكمة الجزئية ، أو فى أقل من ٥٠٠ جنيه من المحكمة الابتدائية . ولا يجيز المشرع استئنافه استثناء من القواعد العامة [٣١] .

ـ بصيرورة الحكم الحضورى انتهائيا :

ويكون ذلك فى الحالات التى يكون الحكم فيها ابتدائيا ثم يصير انتهائيا ، نظرا لفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف دون الطعن فيه ، ويكون كذلك فى الحالات التى يقبل فيها الخصوم للحكم (م ٢١١ مرافعات) أو الحكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف لأى سبب من الأسباب (١٣٨ مرافعات) .

٢ ـ الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية :

اذا كان الحكم قابلا للطعن فيه بطريق الاستئناف ، وتم الطعن فيه بهذا الطريق ، فان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية الاستئنافية يكون سندا تنفيذيا لأنه يصبح حكما انتهائيا ، سواء كان ذلك بالغاء الحكم الابتدائى أو بتعديله [٣٢] ، أو كان ذلك برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف[٣٣] .

---

(٣١) عكس ذلك ابو الوفا ، بند ٢١ مكرر ، فتحى والى ، بند ٢٣ ص ٤١ .

(٣٢) فتحى والى ، بند ٢٣ ، ص ٤١ ، وجدى راغب ، ص ٦٥ ، عبد الخالق عمر ، ص ٨٢ .

(٣٣) فتحى والى ، بند ٢٣ ، ص ٤٢ ، كيوفندا ـ نظم ج ١ ، رقم ٩١ . عكس ذلك روكو ـ ج ٣ ، ص ١٠٩ .

فاذا ألغى الحكم الاستئناف حكم محكمة أول درجة المشمول بالنفاذ المعجل ، فان حكم الاستئناف يعتبر سندا تنفيذيا لاعادة الحال الى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ [٣٤] .

واذا كان حكم ثانى درجة قد أيد حكم محكمة أول درجة فى جزء منه فقط ، كان هذا الحكم سندا تنفيذيا بالنسبة لهذا الجزء ، وكان حكم أول درجة هو السند التنفيذى بالنسبة للسند الأخر الذى لم يكن محلا للطعن بالاستئناف . ويكون حكم ثان درجة مع حكم أول درجة سندا تنفيذيا اذا كان حكم ثانى درجة قد أحال فى منطوقه على حكم محكمة أول درجة [٣٥] .

واذا استؤنف حكم أول درجة ، وقضت محكمة الاستئناف بعدم قبوله ، لأى سبب من الأسباب ، كان السند التنفيذى هو حكم محكمة أول درجة الذى أصبح حائز لقوة الأمر المقضى بعد الحكم بعدم قبول استئنافه ، وكذلك الأمر لو انقضت خصومة الاستئناف بحكم اجرائى قبل الفصل فى موضوعها : كالحكم بسقوط الخصومة أو باعتبارها كأن لم تكن . أو ببطلان صحيفتها ، أو بتركها[٣٦] .

٢ — الأحكام الصادرة من محاكم الطعن غير العادية :

الأحكام الصادرة بنقض الحكم أو بقبول التماس اعادة النظر والغاء الحكم المطعون فيه ، فان هذه الأحكام تعد سندات تنفيذية لاعادة الحال الى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم المنقوض أو الملغى من محكمة الالتماس ، اذا كان قد تم تنفيذهما قبل ذلك [٣٧] ، ولا يحتاج ذلك الى نص صريح فى حكم الطعن باعادة الحال الى ما كانت عليه ،

---

(٣٤) فتحى والى — ص ٤١ . نقض ١٩٧٥/٥/٢١ ، المجموعة س ٢٦ ، ص ١٠٢٧ .

(٣٥) راجع ، فتحى والى ، ص ٤٢ ، ٤٣ .

(٣٦) فتحى والى ، ص ٤٣ وهامش (١) ، أبو الوفا ، ص ٤٥ بند ٢٠ .

(٣٧) وجدى راغب ، ص ٦٥ ، فتحى والى ، ص ٤٣ .

أو الى حكم جديد باعادة الحال الى ما كانت عليه [٣٨] . وكذلك الحكم الصادر بقبول الطعن والفصل فى الموضوع .

أما الحكم الصادر برفض الطعن أو عدم قبوله ، فلا يعتبر سندا تنفيذيا . وانما الذى يعتبر كذلك هو الحكم ذاته محل الطعن[٣٩] .

٥١ ــ الخلاصة :

اذا توافر هذان الشركان فى حكم من الأحكام ، كان هذا الحكم حائزا لقوته التنفيذية العادية ، سندا تنفيذيا جائز التنفيذ بمقتضاه ، وفقا للقواعد العامة ، ولا يمنع من هذه القوة قابليته للطعن فيه بطريق من طرق الطعن غير العادية ، ولا حتى الطعن فيه بالفعل بطريق منها ، الا اذا قضت المحكمة المرفوع اليها الطعن بوقف هذه القوة اذا توافرت الشروط المقررة لذلك .

الفرع الثانى
وقف القوة التنفيذية العادية للأحكام

٥٢ ــ القاعدة العامة :

الأصل أن الأحكام الانتهائية تكون قابلة للتنفيذ الجبرى ولا يمنع من تنفيذها كونها قابلة للطعن فيها بطريق من طرق الطعن غير العادية ، كالالتماس أو النقض ، بل ان الطعن فيها فعلا بطريق من هذه الطرق لا يمنع البدء فى تنفيذها ولا الاستمرار فيه .

ولكن المشرع من ناحية أخرى لم يشأ أن يوصد الباب فى وجه المنفذ

---

(٣٨) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٧ ، المجموعة ، س ٢٦ ، ص ١٦٩٩ ، ونقض ١٩٧٥/٥/٤ ، المجموعة ، س ٢٦ ، ص ٩١٣ حامد فهمى ــ ومحمد حامد فهمى ــ النقض فى المواد المدنية بند ٣٤٦ ، ابو الوفا ، بند ٢٥ مكرر ص ٦٣ .

(٣٩) فتحى والى ، ص ٤٣ .

عليه ، ويتركه خاضعا لما يتخذ ضده من اجراءات للتنفيذ على أمواله ، وانما أجاز له طلب وقف هذه الاجراءات من المحكمة التى يطعن فى الحكم أمامها (محكمة النقض أو محكمة الالتماس) • غير أن طلب وقف التنفيذ المقدم أمام أى منها لايؤدى بذاته الى وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ، وانما الذى يؤدى الى ذلك هو الحكم الذى يصدر من المحكمة بالوقف اذا توافرت الشروط المقررة • فالطلب بذاته لا يمنع المحكوم له من البدء فى تنفيذ الحكم — رغم الطعن عليه — ولا الاستمرار فيه ،

فقد يتم الغاء الحكم نهائيا فى الطعن ، وقد يتعذر تدارك الضرر • اذا ما استمر الدائن فى التنفيذ نظرا لاعساره بعد ذلك ، وعدم تمكنه من اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ • وهكذا نجد أن المشرع — تحقيقا منه لمصلحة المدين أيضا — اعترف له بالحق فى الحصول على الحماية الوقتية — المتمثلة فى طلب وقف تنفيذ الحكم النهائى وقتا مؤقتا ، حتى يفصل فى موضوع الطعن ، وذلك اذا توافرت شروط منح هذه الحماية ، عن طريق طلب وقف تنفيذ الحكم النهائى من محكمة النقض أو الالتماس والحكم الصادر فى هذا الطلب ، بوقف التنفيذ أو بالاستمرار فيه [illegible] وقتيا ، وهو بهذه [illegible] يقيد المحكمة عند الفصل فى موضوع الطعن ذاته • فقد تقضى بوقف التنفيذ وبعد ذلك تؤيد الحكم . وقد تقضى برفض طلب وقف التنفيذ ثم تحكم بالغاء [illegible] أو [illegible] الالتماس[٤٠] •

ونبين فيما يلى النظام القانونى لوقف التنفيذ من محكمة النقض او من محكمة الالتماس :

أولا : وقف التنفيذ من محكمة النقض

٥٣ — النص القانونى :

تنص المادة ٢٥١ من قانون المرافعات على أنه « لا يترتب على

(٤٠) انظر وجدى راغب — المرجع السابق ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم • ومع ذلك يجوز لمحكمة النقض أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتا ، اذا طلب ذلك فى صحيفة الطعن ، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه » •

٥٤ — شروط وقف التنفيذ من محكمة النقض :

يبين من النص المتقدم أن مجرد قابلية الحكم للطعن فيه بالنقض ، ليست مانعه من تنفيذ الحكم ، ولا يترتب على الطعن فيه فعلا بهذا الطريق وقف تنفيذ الحكم • تلك هى القاعدة العامة [٤١] ، وانه يلزم لوقف القوة التنفيذية العادية للأحكام من محكمة النقض • توافر عدة شروط بعضها لقبول طلب وقف التنفيذ فى ذاته . والأخرى للحكم بالوقف ، وذلك على التفصيل الآتى :

١ — طلب وقف التنفيذ فى صحيفة الطعن بالنقض :

يستلزم تقديم طلب وقف التنفيذ من المنفذ ضده ، اذ لا تملك المحكمة الحكم بوقف تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها ، بل يجب طلبه من الطاعن ، حتى يكون طلب الوقف مقبولا ، أن يرد طلب وقف التنفيذ فى صحيفة الطعن بالنقض ذاتها ، فلا يقبل الطلب المقدم على استقلال قبل الطعن فى الحكم ، كما لا يقبل الطلب المقدم الى المحكمة فى وقت لاحق على تقديم صحيفة الطعن بالنقض [٤٢] •

---

(٤١) الا ان المشرع المصرى قد اتجه فى المشروع الجديد لتعديل قانون المرافعات على اضافة فقرة جديدة الى المادة ٢٥١ تنص على انه « ومع ذلك يترتب على الطعن بطريق النقض وقف تنفيذ الحكم الصادر بفسخ عقد الزواج أو بطلانه أو بطلاق أو بتطليق الزوجة . وفى هذه الحالة على قلم كتاب محكمة النقض تحديد جلسة لنظر الطعن امام المحكمة مباشرة فى ميعاد لا يتجاوز ستة اشهر من تاريخ ايداع صحيفة الطعن به او وصولها اليه . وعلى النيابة تقديم مذكرة برأيها خلال اربعة اشهر » .

(٤٢) ويترتب على ذلك أنه اذا طلب الطاعن وقف التنفيذ فى عريضة الطعن ، وقضت المحكمة برفض الطلب ، فليس له بعد ذلك ، واثناء نظر
=

فهذا الشرط ، يقتضى أولا ، أن يكون الطلب مقدم من الخصم الذى طعن فى الحكم ، فلا يقبل من خصم لم يطعن فى الحكم ويقتضى ثانيا ، أن يرد الطلب فى صحيفة الطعن بالنقض نفسها ، ويفترض ثالثا ، أن يكون الطعن بالنقض قد تم صحيحا ، وأن تكون صحيفته قد قدمت فى الميعاد (٤٣) .

وتتمثل حكمة هذا الشرط فى التحقق من جدية طلب الوقف ، لأن مبادرة الطاعن الى ابداء ذلك الطلب عند تقديم صحيفة طعنه يدل على جديته ، وقد عزز المشرع ذلك بفرض رسم خاص على طلب الوقف وقف التنفيذ .

٢ — تقديم الطلب قبل تمام التنفيذ :

يجب أن يقدم الطلب ، قبل تمام التنفيذ ، اذ أن الطلب مقدم لوقف التنفيذ ، وهذا يفترض أن التنفيذ لم يتم بعد ، حتى يرد عليه الوقف ، فيمنع اتمامه . فاذا كان التنفيذ قد تم فعلا ، قبل تقديم الطلب فلا يكون الطلب مقبولا لوروده على غير محل ، فما تم تنفيذه لا يمكن وقفه بطبيعة الحال (٤٤) .

ولكن من المتصور ، مع ذلك ، أن يقدم طلب الوقف قبل تمام

=

الطعن بالنقض أن يقدم طلبا جديدا لوقف التنفيذ على أساس أن ظروفا حدثت تبرر هذا الطلب من جديد (فتحى والى ص ٤٦ بند ١٥) نقض مدنى ١٩٥٤/٣/٣٠ — مجموعة النقض ٦ — ١ ٤٠ . رمزى سيف — المرجع السابق ص ٢٢ . كما لا يقبل ان يقدم طلب الوقف بورقة مستقلة عن صحيفة الطعن بالنقض ولو قدمتا فى وقت واحد .

(٤٣) انظر وجدى راغب — المرجع السابق ص ١٠٦ . عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، المرجع السابق ص ١١٤ — ١١٥ .

(٤٤) انظر حكم محكمة النقض فى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ . مجموعة أحكام النقض ١ السنة الخامسة ص ٨٨١ . رمزى سيف — المرجع السابق ص ٢٢ .

التنفيذ ، غير أن المحكوم له يستمر فى اجراءات التنفيذ حتى تمامه ، قبل أن يفصل فى طلب وقف التنفيذ • فماذا يكون عليه الأمر ، هل تقضى المحكمة بعدم قبول الطلب نظرا لتمام التنفيذ ، أو تقضى بوقف التنفيذ ؟ ثار خلاف حول هذه النقطة فى ظل القانون الملغى •

فمن الفقهاء [٤٥] من ذهب الى القول : بأنه يمتنع على محكمة النقض أن تأمر بوقف التنفيذ ، لاستحالة تنفيذه ، بعد تمام التنفيذ ، وعليها أن تحكم بعدم قبول طلب وقف التنفيذ نظرا لتمامه ، وليس لها أن تحكم بوقفه حيث أن الحكم بالوقف فى حقيقته قضاء ببطلان ما تم من تنفيذ وهو مالا تملك الحكم به •

ومن الفقهاء [٤٦] من ذهب الى القول : بأن الرأى الأول يؤدى الى سلب اختصاص محكمة النقض ، بوسيلة سهلة تتمثل فى أن يسارع المحكوم له بتنفيذ الحكم ، بالسير فى اجراءات التنفيذ ، حتى تتم فعلا قبل الجلسة المحددة لنظر طلب وقف النفاذ • فضلا عن أن العبرة تكون بوقت تقديم الطلب ، وليس بوقت الفصل فيه ، فيجب النظر الى مركز الخصوم يوم رفع الدعوى ، حتى لا تتأثر مصالح الخصوم ومراكزهم القانونية لمجرد تأخير المحاكم فى الفصل فى الدعاوى لأسباب قد لا تعود اليهم ولهذا تكون العبرة بتاريخ تقديم الطلب ، ولا عبرة بما تم تنفيذه بعد هذا التاريخ ، فان كان التنفيذ لم يكن قد تم وقت الطلب ، فانه يكون مقبولا ، ولا يمنع من قبوله تمام التنفيذ بعد تقديم طلب الوقف ، فاذا ما قضت المحكمة بالوقف فان هذا يستتبع الغاء

---

(٤٥) أحمد أبو الوفا — اجراءات التنفيذ ط٤ ص ٣٦ — ٣٧ هامش (٨) •

(٤٦) عبد الباسط جميعى • مذكرات فى التنفيذ سنة ١٩٥٨ • ونظام التنفيذ ١٩٦٩ ص ٢٤٦ وما بعدها بند ٣١٣ — ١٣٥ • فتحى والى ص ٥٤ — ٥٦ • وجدى راغب ص ١٠٦ — ١٠٧ • رمزى سيف • الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، قواعد تنفيذ الاحكام ص ٢٣ ص ١ •

ما تم اتخاذه من اجراءات بعد تقديم طلب الوقف ، وتجب اعادة الحال الى ما كانت عليه يوم تقديم طلب الوقف [٤٧] .

والواقع أن الرأى الأخير هو الذى يتفق والمنطق القانونى السليم ، يتفق مع اعتبارات العدالة التى تقضى بعدم الاضرار بالخصوم لمجرد التأخير فى الفصل فى قضاياهم ، وهو الرأى الذى قننه المشرع فعلا فى قانون المرافعات الحالى اذ نصت المادة ٢٥١/٣ على انسحاب « الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على اجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له ، بناء على الحكم المطعون فيه ، من تاريخ طلب وقف التنفيذ » .

٣ — توافر شروط منح الحماية الوقفية :

اذا توافر الشرطان المتقدمان ، فان ذلك لا يعنى ضرورة اجابة الطالب الى طلبه ، وانما لابد من توافر المصلحة المبررة لوقف التنفيذ ، أى لابد أن تكون هناك حاجة ملحة تستدعى هذا الوقف ، هذه الحاجة هى الاستعجال ، المتمثل فى خشية وقوع ضرر جسيم متعذر التدارك ، اذا ماألغى الحكم ، عند الفصل فى موضوع الطعن ، فوقف التنفيذ يعتبر حكما وقتيا ، محققا حماية وقتية من خطر معين . ولذا لا يصدر هذا الحكم الا بعد توافر شروط هذه الحماية الوقتية وهى الاستعجال ، ورجحان وجود الحق (أى احتمال الغاء الحكم)[٤٨] .

(أ) وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه (الاستعجال) :

هذا الشرط هو ما يعبر عنه بشرط الاستعجال اللازم للحماية الوقتية ، والذى يتمثل فى خشية وقوع ضرر جسيم متعذر التدارك .

---

(٤٧) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١٢٠ — ١٢١ وهذا ما ذهب اليه بو الوفائى طبعاته اللاحقه انظر ص ٤٩ من الطبعة الثانية ، هامش .

(٤٨) وجوده راغب — النظرية ، ص ١٠٧/١٠٨ .

ونلاحظ بادىء ذى بدء ، أن المشرع لم يكتف — لوقف التنفيذ من محكمة النقض — بوقوع ضرر جسيم فحسب ، بل اشترط أن يكون مما يتعذر تداركه اذا ما ألغى الحكم فى النقض ، ومما يشفع للمشرع تشدده أن الوقف يرد على حكم حائز لقوة الأمر المقضى ، استنفذ طرق الطعن العادية ، الاستئناف ، وكذلك المعارضة التى ألغيت فى تشريعنا بالنسبة للمسائل المدنية والتجارية ، ومن ثم مكتسبا قوة تنفيذية كاملة ، فلايجب وقف هذه القوة الا لسبب جوهرى ، وضرورة ملحة ملجئة الى وقفها .

ولم يضع المشرع معيارا للضرر الجسيم ، وانما اكتفى بذكر أمثلة وردت فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤٢٧ من القانون الملغى المقابلة للمادة ٢٥١ . من القانون الحالى ، مثل الحكم بحل شركة أو شطب رهن (أو فسخ زواج أو بطلانه) وبذلك ترك المشرع تقدير جسامة الضرر أو عدم جسامته لتقدير المحكمة ، مدخلة فى اعتبارها جسامة الضرر وتعذر تداركه ، والضرر الجسيم هو الضرر الاستثنائى الذى يهدد بفوات مصلحة الطاعن على ضوء الظروف الموضوعية والشخصية الملابسة[٤٩] مع ملاحظة أن المحكمة دائما توازن بين ماقد يصيب المحكوم له من التأخير فى التنفيذ وبين ما يصيب المحكوم عليه من الاستمرار فيه[٥٠] .

أما تعذر التدارك ، فلا يقصد به استحالة اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ ، وانما صعوبة اعادة الحال الى ما كانت عليه صعوبة كبيرة ، مثل تنفيذ حكم بهدم منزل مثلا ، أو تنفيذ حكم بدفع مبلغ لشخص معدم[٥١] .

---

(٤٩) وجدى راغب ص ١٠٨ . وراجع فتحى والى ص ٤٩ ، ٥٠ . راجع
Carnelutti : Sosponsione dell'esecuzione della senténza impugnata in cassazione, Riv. dir. proc. 1943, 2, p. 46 et s.

(٥٠) حكم استئناف فينسيا ، ١٩٥٠/٢/٢٦ فى دوناتو — بالاتور — ص ١٨ رقم ٢٦ .

(٥١) نقض مدنى ١٩٥١/١١/٢٩ المجموعة س ٣ ، ص ١٥٩ .

وجدير بالذكر أن جسامة الضرر ليست مسألة موضوعية ، تقدر على أساس موضوعى ، فالضرر الذى يعتبر جسيما بالنسبة لشخص معين قد لايكون كذلك بالنسبة لشخص آخر،فيجب اذن النظر الى ظروف المحكوم عليه الخاصة عند تقدير مدى جسامة الضرر[٥٢] .

ومن ناحية أخرى لا يشترط فى الضرر أن يكون محقق الوقوع أو مؤكد وقوعه ، فمجرد الخشية من وقوعه متى قدرته المحكمة بأنه جسيما ويتعذر تداركه ، تكفى لايقاف التنفيذ . كما لا يشترط فى الضرر أن يكون ماديا ، فيكفى الضرر الأدبى الجسيم المتعذر التدارك لايقاف التنفيذ[٥٣] .

ون المقرر أن شرط الاستعجال هذا شرط للحكم بالوقف ، ولذلك يجب توافره عند الحكم بالوقف ، فلا يشترط توافره عند التقرير بالطعن .

(ب) رجحان وجود الحق :

لم ينص القانون على هذا الشرط ، مكتفيا بما اشترطه من وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه . ولكن هل يشترط أن تتبين المحكمة — قبل الحكم بوقف التنفيذ — من أسباب الحكم ما يرجح الغاء الحكم ؟ وسبب هذا التساؤل أن المشرع قد أورد هذا الشرط صراحة فى المادة ٢٩٢ الخاصة بوقف النفاذ المعجل من محكمة الاستئناف بقوله « يجوز .. أن تأمر .. بوقف النفاذ المعجل اذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن فى الحكم أو الأمر يرجح معها الغاؤه » ، ولم يرد مثل هذا النص فى المادة ٢٥١ الخاصة بوقف النفاذ من محكمة النقض .

---

(٥٢) فتحى والى ص ٥٠ .

(٥٣) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق — ص ١١٧ . فتحى والى — ص ٤٨/٤٩ .

من الفقهاء من ذهب[٥٤] الى أنه لا يشترط لوقف التنفيذ من محكمة النقض أن تكون أسباب الطعن مما يرجح معه الغاء الحكم ، نظرا لعدم نص المشرع على ذلك . فضلا عن أن المغايرة بين نص المادة ٢٩٢ ، والمادة ٢٥١ تدل على أن المشرع قد تعمد ادراج الشرط هناك وأسقطه هنا ، والحكمة من ذلك هي ألا تنشغل المحكمة ، عند النظر في طلب وقف النفاذ بالنظر في أسباب الحكم لترجيح قبولها أو رفضها .

ومن الفقهاء[٥٥] من ذهب الى أنه يجب أن تكون أسباب الطعن بالنقض جدية بحيث تستشف منها المحكمة احتمال الغاء الحكم عند الفصل في الطعن ، ويؤسسون رأيهم على أن هذا الشرط تقتضيه القواعد العامة في الحماية الوقتية . فالحماية الوقتية مشروطة برجحان وجود الحق ، مع توافر عنصر الاستعجال . وبما أن وقف النفاذ يعد طلبا وقتيا ، فلابد من رجحان حق من يطلبه . كما يقولون بأن نص المادة ٢٥١ تدل على توافر هذه الشروط حين تنص على جواز وقف التنفيذ اذا كان يخشى منه ضررا جسيما يتعذر تداركه . والضرر الذي يرغب المشرع في جبره . لابد وأن يكون ضررا قانونيا يهدد مصلحة أو حق للمحكوم عليه . فضلا عن أن المشرع عندما نص على الضرر متعذر التدارك ، فانه يشير الى احتمال اعادة الحال الى ما كانت عليه ، عند الغاء الحكم وهذا يفترض احتمال الغاء الحكم . ويستندون أخيرا الى ضرورة إعمال هذا الشرط عن طريق القياس بالنص الوارد في المادة ٢٩٣[٥٦] .

الرأي الراجح : ونرى أن الرأي الأخير هو الجدير بالتأييد ، حتى ولو لم يرد نص عليه في المادة ٢٥١ يستلزم « أن تكون أسباب النقض مما ترجح احتمال الغاء الحكم » حتى يمكن وقف تنفيذ الحكم . وذلك

---

(٥٤) الدكتور عبد الباسط جميعي — محمود هاشم — السابق ص ١١٨ — ١١٩ .

(٥٥) وجدى راغب ص ١٠٨ ، محمد عبد الخالق عمر ص ١٦٣ .

(٥٦) انظر عرض هذا الرأي بالتفصيل في : وجدى راغب ، ص ١٠٨ — ١١٠ .

لأن هذا الشرط تقتضيه القواعد العامة للحماية الوقتية ، والتى لا تمنح الا بتوافر شرطى الاستعجال وهو الخطر من فوات الوقت ، واحتمال وجود الحق • وطلب وقف التنفيذ انما يعد طلبا وقتيا ، والحكم الصادر فيه بالوقف ، أو الرفض ، يعد كذلك حكما وقتيا ، ومن ثم فلن يقبل الطلب ولن يصدر فيه حكم الا اذا توافر فيه هذين الشرطين •

ولا يغير من هذا ، القول بأن المشرع قد أغفل هذا الشرط هنا ، وذكره فى خصوص الاستئناف ، وأن هذه المغايرة التشريعية — تدل على اسقاط هذا الشرط فى النقض • ذلك لأن الشرط تقتضيه القواعد العامة ، وتقتضيه بداهة الأمور ، ولم يكن المشرع بحاجة الى ذكره أيضا فى المادة ٢٩٢ • اذ أن المحكمة وهى بسبيل تكوين رأيها فى وقف التنفيذ أو عدمه ، لابد لها من الاطلاع على صحيفة الطعن بالنقض حتى تتأكد أولا من توافر شروط الطلب • ذكر فى الصحيفة أم لا ؟ وقدم الطعن فى موعد الطعن أم لا ؟ ، لأن الطلب لابد وأن يكون واردا فى صحيفـــة صحيحة الطعن• والمحكمة تقوم بذلك للتأكد من شروط الطلب ، فضلا عن أن المشرع قد أعطى محكمة النقض سلطة تقديرية للحكم بوقف النفاذ فى حالة ما اذا قدرت أن هناك ضررا جسيما متعذر التدارك ، ولها مع توافر الشروط الأخرى ، رفض طلب الوقف •

ولكن اذا كان يشترط لوقف التنفيذ احتمال الغاء الحكم المطعون فيه ، فان ذلك لا يعنى ضرورة أن تتأكد المحكمة — قبل الحكم بالوقف — من الغـــاء الحكم عن طريق البحث الجدى فى أسبـــاب النقض • اذ أن المحكمة وهى تقضى بالوقف ، انما تصدر حكما وقتيا لا يمس أصل الحق ، بل ان المحكمة لا يجب عليها المساس به • وهذا هو منطق القواعد العامة ، فضلا عن أن المحكمة تقضى فى الطلب مستقلا عن الحكم فى الطعن وأسبابه كما أن حكمها بالوقف أو رفضه لا يقيدها عند الحكم فى موضوع الطعن •

٥٥ ــ ضمانات المطعون ضده :

نصت المادة ٢٥١/٣ على أنه يجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب كفالة أو تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون عليه • وبهذا أعطى المشرع المحكمة سلطة تقديرية كاملة فى الموازنة بين مصالح الخصوم، فتوقف تنفيذ الحكم الحائز على قوة الأمر المقضى اذا توافرت شروطه ، مع تقديم ما يكفل صيانة حق المطعون ضده ، اذا ما تم تأييد الحكم فى النقض ، من ضرورة تقديم كفالة أو أى شىء آخر تراه المحكمة يكون كفيلا بصيانة حق المطعون ضده[٥٧] ، ولها أن تأمر بوقف التنفيذ دون كفالة أو غيرها ، ولها أن ترفض وقف التنفيذ كلية •

٥٦ ــ اجراءات تقديم طلب الوقف والحكم فيه :

(أ) ميعاد تقديم الطلب :

لم يحدد المشرع نصا موعدا يجب تقديم طلب الوقف خلاله والا كان غير مقبول ، الا أنه قد تطلب تقديم طلب الوقف فى صحيفة الطعن بالنقض ذاتها ، فلا يقدم بورقة مستقلة قبلها ولا بعدها ، ولا حتى مصاحبة لها • وحيث أن الطعن بالنقض فى الحكم يحدد القانون له موعدا ، فانه يجب تقديم صحيفته خلال هذا الموعد •

يتبين من ذلك أن طلب وقف تنفيذ الحكم يجب أن يرد فى صحيفة الطعن ذاتها ، والتى يجب أن تقدم خلال موعد الطعن بالنقض ، والا كان الطعن ذاته غير مقبول بكل الطلبات الواردة فى صحيفته •

---

(٥٧) نلاحظ المرونة فى هذا الصدد . فقد أعطى النص سلطة كبيرة للمحكمة فى أن تحكم بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون ضده ، ولم يستلزم ــ كما فى الكفالة فى النفاذ ــ أن يكون من بين الطرق المحددة فى المادة ٢٩٣ ، يختار من بينها المنفذ لم يعلن هذا الخيار الى المنفذ ضده ، وقد ينازع فى الكفالة ... الخ . أما هنا ، فالمحكمة هى التى تحدد طريقة الكفالة وتلزم به الخصم ولو لم يكن من بين الطرق المحددة فى المادة ٢٩٣ مرافعات .

فضلا عن أن طلب وقف التنفيذ المقدم ضمن صحيفة الطعن ذاتها لابد أن يقدم قبل تمام تنفيذ الحكم بكل أجزائه،فاذا كان الحكم المطعون عليه بالنقض قد نفذ بكل أجزائه قبل تقديم صحيفة الطعن ذاتها المشتملة على طلب وقف التنفيذ كان طلب الوقف غير مقبول وان كان الطعن بالنقض ذاته مقبول لرفعه فى الميعاد المقرر •

(ب) اجراءات تقديم الطلب :

رأينا أنه يجب أن يرد طلب وقف التنفيذ فى صحيفة الطعن ذاتها • غير أن ذلك لا يكفى وحده ، وانما على الطاعن ، وهو طالب الوقف ، أن يتقدم بعريضة الى رئيس محكمة النقض ، يطلب فيها تحديد جلسة لنظر الطلب ، فيصدر الرئيس أمره عليها بتحديد الجلسة ، يكون على الطالب أن يعلن خصمه فى الطلب وهو المطعون ضده أو ضدهم ، بتاريخ الجلسة وبصحيفة الطعن بالنقض • كما يقوم قلم كتاب محكمة النقض بابلاغ نيابة النقض ، باعتبارها طرفا فى خصومات النقض كافة ، لكى تعد مذكرة برأيها فى خصوص طلب الوقف •

(ج) نظر طلب الوقف والحكم فيه :

ويتم نظر طلب وقف التنفيذ أمام الدائرة ذاتها التى تفصل فى الطعن بالنقض المرفوع على الحكم ، وفى جلسة ، لا ضرورة لحضور الخصوم فيها(٥٨) •

وللمحكمة سلطة تقديرية مطلقة فى الحكم بوقف التنفيذ أو الحكم برفضه ، وان هى رفضت طلب وقف التنفيذ لعدم توافر شروط الحكم به ، فلا يجوز تحديد طلب الوقف مرة أخرى استنادا الى خطر لم يكن ماثلا

---

(٥٨) على الا يفهم ذلك ان نظر طلب الوقف يتم فى غرفة المشورة ، بل فى جلسة علنية (م ٢٦٣ مرافعات معدلة) . أبو الوفا — اجراءات ، ص ٤٦ هامش (١) •

وقت طلب الوقف الأول ، ولا استنادا الى خطر فات الطالب بيانه[٥٩] .
واذا قضت المحكمة بالوقف ، فعليها أن تحدد جلسة لنظر الطعن أمامها فى موعد لا يتجاوز ستة أشهر واحالة ملف الطعن الى النيابة لكى تودع مذكرة بأقوالها خلال الأجل الذى تحدده لها (م ٢٥١/مرافعات معدلة بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٧) . غير أن هذا الموعد لا يعدو أن يكون موعدا تنظيميا ، المقصود منه حث المحكمة والنيابة على تعجيل الفصل فى الطعن المرفوع عن الحكم الذى أوقفت المحكمة قوته التنفيذية ، مراعاة لمصلحة المطعون ضده الصادر لصالحه حكم حائز لقوة الأمر المقضى .
وعلى ذلك فان مخالفة هذا الميعاد ، من قبل المحكمة أو من قبـــل النيابة ، لا يترتب عليه ثمة بطلان[٦٠] .

وتملك محكمة النقض أن تقضى بوقف تنفيذ الحكم كله وبكل أجزائه، كما تملك أن تقضى بوقف تنفيذ جـــزء منه دون باقى أجزائه ، كما تملك الوقف بالنسبة لبعض خصوم الطعن دون البعض الآخر[٦١] .

واذا قضت المحكمة بوقف التنفيذ امتنع على المحكوم له (المطعون ضده البـــدء فى التنفيذ (اذا لم يكن قد بدأ) وكذلك الاستمـــرار فيه (اذا كان قد بدأ فى التنفيذ) بل يجب وقف التنفيذ فورا . وعلى العموم فان الحكم الصـــادر بالوقف يرتد أثره على جميع الاجراءات التى تم اتخاذها بعد تقديم طلب الوقف ، أى يلغى كل ما تم من اجراءات بعد هذا التاريخ . ويظل التنفيذ موقوفا حتى تمام الفصل فى الطعن ذاته قبولا أو رفضا (م ٢٥١ معدلة)[٦٢] .

---

(٥٩) نقض ٢٠/١٢/ فى ١٩٨٥ ، س ٦ ، ص ٤٠١ ، أبو الوفا — ص ٤٧ هامش (٣) .
(٦٠) فتحى والى — بند ٢٧ مكرر ، ص ٥٥ .
(٦١) أبو الوفا ، ص ٥٢ هامش . نقض مدنى ٢٩/٥/١٩٦٩ س ٢٠ ، ص ٢٤ ، وجدى راغب ، ص ١١١ ، زغلول ص ١٠٠ ، بند ٦٩ .
(٦٢) قارن أحمد أبو الوفا ص ٥٠/٥١ ، نقض ١٣/٥/١٩٥٤ س ٥ ، ص ٨٨١ .

٥٧ ــ حجة الحكم الصادر بالوقف :

مع مراعاة أن الحكم الصادر فى شأن طلب وقف التنفيذ ، اجابة أو رفضا ، لا يعدو أن يكون حكما وقتيا ، تكون له حجيته القضائية الوقتية ، ولكن لا يجوز هذه الحجية بالنسبة للطعن ذاته فى الحكم المرفوع عنه طلب الوقف ، فلمحكمة النقض ــ عنــد نظر الطعن ذاته ــ أن تقضى بقبول الطعن بنقض الحكم الذى سبق لها أن رفضت طلب وقف تنفيذه، ولها أيضا أن تقضى برفض الطعن أو عدم قبوله بالرغم من أنها قد قضت بوقف تنفيذ الحكم موضوع الطعن(٦٣) •

هذا من ناحيــة ، ومن ناحية أخرى ، هل يعتبر هذا الحكم قاضى التنفيذ عند اللجوء اليه بطلب وقف التنفيــذ ، اذا رفع اليه فى صورة اشكال وقتى فى التنفيذ •

الأصل أن طلب وقف التنفيذ من محاكم الطعن نظام يختلف عن نظام الاشكالات الوقتية فى التنفيذ ، نظرا ــ وعلى ما قرره البعض(٦٤) ــ من أن النظام الأخير انما يتعلق بمنازعات تتصل بتوافر شروط التنفيذ أو عدم توافرها ، بعكس طلبات وقف التنفيذ من محاكم الطعن • وعليه فان سبق رفض قاضى التنفيذ لوقف تنفيذ حكم معين ، لا يمنع من الالتجاء الى محاكم الطعن ــ تبعا للطعن فى الحكم ــ بطلب وقف تنفيذه • وكذلك الأمر صدور حكم من محكمة الطعن بوقف التنفيذ لا يمنع من الالتجاء الى قاضى التنفيذ بطلب وقف التنفيذ ، ولا يمنع هذا الأخير من الحكم بالوقف •

بل أنه يجوز رفع اشكال وقتى فى تنفيذ الحكم الصادر من محكمة للطعن (النقض مثلا) فى شأن طلب وقف التنفيذ المقدم اليها(٦٥) •

---

(٦٣) وجدى راغب ، ص ١٩١ ، فتحى والى ، ص ٥٤ ، بند ٢٧ ، أبو الوفا، ص ٤٦ ، ماهر زغلول ــ بند ٦٨ ، ص ٩٧ •

(٦٤) ابو الوفا ، ص ٥٣/٥٢ هامش (١) •

(٦٥) ابو الوفا ، ص ٥٣ هامش •

ثانيا وقف التنفيــذ من محكمة الالتماس

٥٨ ــ تحــديد :

فى حالات معينــة ، تصدر أحكام القضاء بصفة انتهائية ، لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف • فماذا يكون عليه الأمر ، لو أن بعضها قد بنى على غش ، أو على ورقة أو شهادة ، ثبت تزويرها بعد أن صدر الحكم ، أو ظهرت بعد صدوره أوراق قاطعة ، لو كانت قد قدمت فى الدعوة لتغير وجه الرأى فى الحكم ؟ هل يجب تنفيذ هذا الحكم بالرغم من ذلك ؟ أم يجب تصحيح هذا الحكم قبل تنفيذه ؟ توجب العدالة علينا ايجاد طريق لتصحيح هذه الأحكام قبل السماح بتنفيذها . لهذا كان لزاما على المشرع ــ وقد أغلق طريق الاستئناف بالنسبة لهذه الأحكام ــ أن يوجد طريقا أخر لتصحيحها مما شابها •

وبالفعل فتح المشرع طريقا لمراجعة هذه الأحكام بتنظيمه لالتماس اعادة النظر ،كطريق من طرق الطعن غير العادية فى الأحكام فى المواد٢٤١ وما بعدها من قانون المرافعات . يرفع فى المحكمة نفسها التى أصدرت الحكم ، محددا الحالات التى يجوز فيها التماس اعادة النظر •

ونظرا لانتهائية الحكم المطعون فيه بالالتماس ، فانه يكون صالحا للتنفيذ بمقتضاه ، ولا يمنع من تنفيذه ، ولا الاستمرار فيه ، كونه قابلا للطعن بالالتماس ، أو الطعن فيه فعلا بهذا الطريق • ولكن قد يترتب على الاستمرار فى تنفيذ الحكم المطعون فيه بالالتماس ضررا جسيما يتعذر تداركه يلحق بالمحكوم عليه (الطاعن) اذا ما ألغى الحكم فى الالتماس ، لبنائه على سبب من أسباب الالتماس • فكان طبيعيا أن يعترف المشرع للخصم ، بالحق فى الحصول على حماية القضاء الوقتية لحقه أو مركزه القانونى عن طريق وقف تنفيذ الحكم مؤقتا حتى تمام الفصل فى خصومة

الطعن بالالتماس وبالفعل اعترف المشرع فى القانون الجديد[٦٦] للخصم الذى يطعن فى الحكم بالالتماس ، بالحق فى طلب وقف التنفيذ من محكمة الالتماس •

ونبين فيما يلى شروط الحكم بوقف التنفيذ واجراءاته :

٥٩ : شروط الحكم بوقف التنفيذ من محكمة الالتماس :

تنص المادة ٢٤٤ من قانون المرافعات على أنه « لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم•ومع ذلك يجوز للمحكمة التى تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك ، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه » •

يتضح من النص المتقدم ، أن وقف تنفيذ الحكم الانتهائى من محكمة الالتماس ، انما يخضع للقواعد نفسها التى يخضع لها وقف التنفيذ من محكمة النقض ، مع بعض الفروق البسيطة التى نبينهـا فى موضعها • وأن هناك شروطا يجب توافرها للحكم بوقف التنفيذ وهى :

١ — طلب وقف التنفيذ :

وهذا الشرط — تقتضيه — فضلا عن النص عليه — القواعد العامة المنظمة لوظيفة القضاء • اذ كما هو معلوم لا تمارس هذه الوظيفة بطريقة تلقائية ، وانما بناء على طلب صاحب المصلحة فى الحصول على حماية القضاء • فلا تستطيع المحاكم — أيا كانت درجتها — أن تتصدى لموضوع لم يرفع اليها من أى من ذوى الشأن ، حتى ولو كان متعلقا بالنظام العام• فالقضاء لا يحكم الا بناء على طلب ، ومن ثم فلا تستطيع محكمة الالتماس أن تقضى من تلقاء نفسها بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ولو تأكدت من

---

(٦٦) وقد استحدث المشرع فى قانون المرافعات الجديد هذا النظام فلم يكن يعرفه قبل ذلك وذلك اتقاء لمـا قد يقع من تنفيذ الحكم من ضرر جسيم بالمحكوم عليه يتعذر تداركه بعد ذلك ، واخـذا بالقاعدة المقـررة لمحكمة النقض ، كما أن لهذه القاعدة مثيلا فى بعض القوانين الأجنبية مثل المـادة ٤٠١ من قانون المرافعات الايطالى .

الغاء هذا الحكم ، وأن الاستمرار فى تنفيذه يؤدى الى وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه .

ويشترط لقبول طلب وقف التنفيذ ، أن يكون مقدما تبعا للطعن فى الحكم بالالتماس ، فلا يكون الطلب مقبولا اذا قدم استقلالا دون طعن فى الحكم بالالتماس . واذا قدم الطلب قبل الطعن ، تقضى فيه المحكمة بعدم قبوله ومن تلقاء نفسها . ولكن لا يشترط أن يرد طلب الوقف فى صحيفة الطعن بالالتماس نفسهـا ، كما هو الحال بالنسبة لطلب وقف التنفيذ من محكمة النقض وما تنص عليه المادة٤٠١ من القانون الايطالى. فقد يرفع طلب الوقف بصحيفة مستقلة عن صحيفة الطعن بالالتماس يتم اعلانهما معا . كما يمكن أن يقدم طلب الوقف بعد تقديم صحيفة الطعن بالتماس ، استقلالا (أى بصحيفة) أو بمذكرة كطلب عارض متفرع عن خصومة الطعن . فلا يشترط لقبول الطلب أن يكون مقدما فى ميعاد الطعن بالالتماس ، فيمكن تقديمه بعد ذلك وحتى قبـل قفل باب المرافعة[٦٧] تطبيقا للقواعد العامة فى الطلبات العارضة .

---

(٦٧) انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ، ص ١٢٥ — ١٢٦ . وجدى راغب ، المرجع السابق ص ١١٢ فتحى والى ص ٥٦/٥٧ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٧٤ وابو الوفا ص ٥٥ . عكس ذلك رمزى سيف والذى يرى ضرورة تقـديم طلب الوقف فى خـلال ميعاد الالتماس ، لأن طلب الوقف فيه انتقاض للحكم من حيث صلاحيته للتنفيذ ، فهو صورة من صور الطعن فيه ، يجب أن يحصل قبل فوات ميعاد الطعن ، والا سقط الحق فيه « المرجع السابق ص ٢٨ » . ولكن هذا الرأى منتقد ، لأن طلب الوقف لا يعد طعنا فى الحكم ، فطرق الطعن محددة حصرا وليس من بينها وقف التنفيذ . كما أن طلب الوقف لا يقبل استقلالا ، وانما لابد من تقديمه تبعا لطعن مرفوع عن الحكم . وبرفع الطعن — والمفروض انه تم فى الميعاد — يمكن تقديم الطلبات المتفرعة عنها ومنها وقف التنفيذ فى اى حال كانت عليها خصومة الطعن حتى قفل باب المرافعة ، تطبيقا للقواعد العامة فى الطلبات العارضة .

٢ — تقديم طلب الوقف قبل تمام التنفيذ :

يشترط ثانيـا حتى يقبل طلب الوقف أن يكون مقـدما قبل تمام التنفيذ ، فلو قدم بعد تمامه ، فلا يكون للوقف محل ، لأن ما تم لا يمكن وقفه • ومفهوم هـذا الشرط ، اذا كان الحكم قد نفذ فى شق منه قبل تقديم طلب وقف التنفيذ ، فان طلب الوقف لا يكون مقبولا الا بالنسبة للشق الآخر والذى لم يكن قد تم عند تقديم طلب الوقف •

ولكن اذا قدم طلب الوقف بعد بدء التنفيذ ، وتم التنفيذ بعد ذلك عند الفصل فى طلب الوقف،فهل تحكم المحكمة بقبول الطلب وتقضى بوقف التنفيذ الذى تم ، أم تقضى بعدم قبوله نظرا لتمام التنفيذ ؟ ثار الخلاف الفقهى عند الاجابة على هذا التساؤل خاصة وأن المشرع لم ينص فى المادة ٢٤٤ بنص مماثل لنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٥١ مرافعات والتى تقضى بانسحاب أثر الأمر بوقف التنفيذ الصادر من محكمة النقض على « اجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ » •

فمن الفقهاء[٦٨] من ذهب الى أن الطلب فى هذه الحالة يكون مقبولا بالرغم من تمام التنفيذ بعد تقديمه وقبل الفصل فيه من المحكمة • واذا ما أمرت المحكمة بوقف التنفيذ ، فان هذا الحكم ينصرف أثره على ما تم اتخاذه من اجراءات التنفيذ بعد تقديم طلب التنفيذ ، حتى لا يضار طالب الوقف من تأخير الفصل فى طلبه ، قياسا على حكم المادة ٣/٢٥١ الخاصة بوقف التنفيذ أمام محكمة النقض •

---

(٦٨) رمزى سيف — المرجع السابق ص ٢٣ سند ١٧ ، ١٨ بند ٢٠ ص ٣٦ بند ٣٤ ، محمد عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٢٦٨ بند ٢٧٠ و ص ٢٧٢ بند ٢٧٥ ، ص ٢٧٤ بند ٢٧٧ •

ومنهم من ذهب[٦٩] الى أن نص المادة ٢٥١ من قانون المرافعات فى فقرته الثالثة ، نص استثنائى لا يقاس عليه ، ومن ثم وجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبول طلب وقف التنفيذ ، اذا كان التنفيذ قد تم وقت الحكم فى الطلب ، والحكمة من ذلك — فى نظرهم — تتمثل فى أن المحكمة لو قضت بقبول الطلب وبوقف التنفيذ ، فانها فى الواقع لا تحكم بالوقف ، ولكنها تحكم بالغاء التنفيذ ، وهو مالا تملكه المحكمة فى هذا الخصوص •

وفى الحقيقة ، أنه بالرغم من وجاهة هذا الرأى،واتفاقه مع القواعد العامة المقررة للحماية الوقتية ، التى يقتصر أثرها على المستقبل فحسب ، لماتقوم به من وظيفة وقائية ، الا أن المنطق يأباه ، وترفضه قواعد العدالة• فليس من المنطق فى شىء أن يضار الخصم — بسبب لا دخل له فيه — لمجرد تأخير الفصل فى طلباته من جانب القضاء ، بل يجب المحافظة على حقوقه وحماية مصالحه ، خاصة أن القانون ، فى مواضع كثيرة ، يؤكد ذلك، ويرتب آثارا قانونية للمحافظة على هذه الحقوق — بمجرد رفع الدعوى الى القضاء ، حتى ولو تأخر الفصل فى هذه الدعوى • فالقانون يرتب مثلا قطع التقادم السارى ضد مصلحة المدعى بمجرد رفع الدعوى أمام القضاء ، ويستمر التقادم مقطوعا الى حين الفصل فيه ، ولعل هذا ماأدى بالمشرع الى النص صراحة على سريان الحكم الصادر بوقف التنفيذ على ما تم من اجراءات بعد تقديم طلب الوقف (٣/٢٥١ مرافعات) • فطالما

---

(٦٩) أحمد ابو الوفا — التعليق على نصوص قانون المرافعات — الجزء الثانى ص ٥٦٧ وكذلك :

Ciudiceandria N. : Le impugnasioni civili, Milano V. II p. 204 No. 204, p. 167 No. 193.

وراجع وجدى راغب الذى يؤيد هذا الرأى بقوله « أن الحكم بوقف التنفيذ ، باعتباره حكما وقتيا ، يؤدى وظيفة وقائية بحتة ، تنصرف الى المستقبل ، وهذا ما يؤدى الى انصراف اثره الى التنفيذ اللاحق . ولا يؤدى بطبيعته وظيفة جزائية ترد على ما تم من تنفيذ قبل صدوره . وهذا يجعل النص الوارد فى المادة ٣/٢٥١ على خلاف الأصل . المرجع السابق ص ٩٦ •

أن الطاعن ــ حماية لمصلحته ــ قد بادر بطلب حمايته حماية وقتيــة ، بالحصول على حكم بوقف تنفيذ الحكم الصادر ضده تبعا لطعن قدمه فى هذا الحكم ، فيجب أن نؤمن له هذه الحماية التى نظمها المشرع ، تحقيقا لفاعليتها . ولن تؤمن هذه الحماية ، ولن تتحقق لها الفاعلية ، ولن يطبق القانون المنظم لها ، اذا استمر الدائن ، المحكوم له فى تنفيذ الحكم ، حتى تمامه ، بالرغم من تقديم طلب بوقف تنفيذه ، وقبل الفصل فيه . وبهذا تعطل سلطة القضاء فى وقف تنفيذ الحكم[٧٠] .

اذا ما قدرت أن ضررا جسيما يلحق بالمحكوم عليه ، يتعذر تداركه ، يترتب على الاستمرار فى تنفيــذ الحكم . وبذلك يتحقق الضرر المراد الوقاية منه بتقرير وقف التنفيذ .

نخلص من كلما تقدم الى أن قواعد العدالة ، ومقتضيات تنظيم الحماية الوقتية ، تأبيان الحكم بعدم قبول طلب الوقف ــ اذا توافرت شروطه ــ اذا قدم قبل تمام التنفيذ ولو اكتمل بعد ذلك وانما عليها الحكم به ان رأت محلا للوقف ، وينصرف أثر هذا الحكم على ماتم اتخاذه من اجراءات بعد تقديم طلب الوقف ، ويجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل تقديم طلب الوقف .

٣ ــ توافر منح الحماية الوقتية :

يجب أخيرا للحكم بوقف التنفيذ ، أن تتوافر شروط منح الحماية الوقتية من استعجال ورجحان وجود الحق . ويتمثل الاستعجال فى خشية وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه . يلحق بالطاعن ، اذا استمر المطعون ضده فى تنفيذ الحكم ، كما يجب أن تتبين المحكمة من أسباب الالتماس ما يرجح احتمــال الغاء الحكم الملتمس فيه . ونحيــل القارىء فى هذا الخصوص الى ما ذكرناه بالنسبة لوقف التنفيذ من محكمة النقض .

---

(٧٠) فتحى والى ــ المرجع الســابق ص ٥٣ ــ ٥٦ بنــد ٢٦ . عبد الباسط جميعى ــ محمود هاشم ، المرجع السابق ص ١٢٠ .

٦٠ ــ اجراءات الطلب والحكم فيه :

(١) ميعاد تقديم الطلب واجراءاته :

رأينا فيما سبق أن القانون قد اشترط تقديم طلب وقف التنفيذ تبعا لطعن مرفوع عن الحكم المطلوب وقف تنفيذه ، بالتماس اعادة النظر ولكنه لم يشترط ورود هذا الطلب فى صحيفة الطعن ذاتها ، على النحو المقرر بالنسبة للنقض . وهذا يستتبــع القول بأن طلب وقف التنفيذ لا يقبل أمام محكمة الالتماس الا اذا كان الطعن بالالتماس قد تم رفعه بالفعل . ومن ثم يمكن أن يرد طلب الوقف ضمن صحيفة الطعن ذاتها ، ويمكن أن يرد بصحيفة مستقلة عنها تقدم فى اليوم نفسه الذى تقدم فيه صحيفة الالتماس ، أو بعده ، كما يمكن أن يتم بالطريق التى يمكن بها تقديم الطلبات العارضة .

ولهذا فلا يشترط لقبول طلب وقف التنفيذ ، أن يقدم فى ميعاد الطعن بالالتماس ، وانما يمكن تقديمه فى أى وقت أثناء نظر الالتماس حتى قفل باب المرافعة فيه[٧١] ، ولا يلزم أن يتقدم الطالب ــ بعريضة الى رئيس المحكمة بعد ذلك ، وان كان هذا لا يمنعه من تقديمها اليه حتى يقوم الرئيس بتحديد جلســة لنظر الطلب[٧٢] . ويتم اعلان الخصــم المطعون ضــده بالجلسة المحددة لنظر طلب وقف التنفيــذ ، بالطريق المعتاد للاعلانات القضائية ، ولكن لا يتم تبليغ النيابة العامة بهذه الجلسة ــ لأن تدخل النيابة العــامة أمام القضاء المدنى ، وجــوبا أو جوازا ، لا يحصل بالنسبة للدعاوى المستعجلة[٧٣] ، واذا كان المشرع قد نص صراحة فى المادة ٢٥١ على وجوب تبليغ النيابة العامة بالجلسة المحددة لنظر طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض ، لابداء رأيها ، فان ذلك يعتبر

---

(٧١) انظر ماسبق فقرة ٥٩ ، هامش (٦٧) .

(٧٢) وجدى راغب ــ السابق ، ص ١١٢ ــ ص ٩٩ .

(٧٣) د. وجدى راغب ــ المرجع السابق ، ص ١١٣ .

نصا استثنائيا لايجوز القياس عليه بالنسبة لمحكمتى الالتماس والاستئناف نظرا لأن طلب وقف التنفيذ يعتبر ولاشك كما رأينا طلبا وقتيا •

(ب) الحكم فى الطلب :

تحكم المحكمة فى طلب الوقف بداهة بعد حصـــول المرافعة فيه ، وتقضى فيه اما بعدم قبوله لرفعه استقلالا دون طعن ، واما لرفعه بعد تمام التنفيذ • أو بقبوله وتقضى بوقف التنفيذ ، اذا توافرت الشروط المتقدمة ، وقدرت المحكمة أن ضررا جسيما يتعذر تداركه ، يلحق طالب الوقف نتيجة الاستمرار فى التنفيذ ، وللمحكمة أيضا أن ترفض وقف التنفيذ • فهى تتمتع ـــ بسلطة تقديرية واسعة فى هذا المجال • ولها ان قضت بوقف التنفيـــذ أن تأمر بالكفالة ، أو بما تراه كفيلا بصيانة حق المطعون ضده (٣/٢٤٤) • غير مقيدة بالطرق المحددة قانونا لتقديم الكفالة والمنصوص عليها بالمادة ٢٩٣ من قانون المرافعات •

ومن نافلة القول ، أخيرا ، أن الحكم الصـــادر فى طلب الوقف ، بالرفض أو الايجاب لا يقيد المحكمة عند نظر موضوع الطعن بالالتماس ذاته •

المطلب الثـــانى

القـــوة التنفيذية الوقتيـــة

(النفاذ المعجل)

٦٢ ـــ تمهيـــد :

بالاضافة الى القوة التنفيذية العادية للاحكام • يعترف المشرع لها فى بعض الحالات بقوة تنفيذية وقتية لمواجهة حالات الاستعجال والأضرار التى يمكن أن تلحق بالمحكوم له من جراء التـــأخير فى التنفيذ • وهذه الحالات هى ما تعرف بحالات النفاذ المعجل • ونبين فى هذا المطلب فكرة النفاذ المعجل Essecusione provvisoria محددين طبيعته القانونية ،

ثم نحدد حالاته وأحكامه وأخيرا لامكانية وقف قوته ، وذلك على التفصيل الآتى :

الفـــرع الأول

فكرة التنفيـــذ الوقتى للأحكام وطبيعتـــه

٦٣ ــ تعريف النفاذ المعجل :

القاعدة فى تشريعنا ــ كما رأينا فى المطلب السابق ــ تقضى بأن الأحكام الابتدائيـــة كافة لا تصلح سندا للتنفيذ ، الا بعد صـــيرورتها انتهائية • فالمشرع لم يعترف بالقوة التنفيـــذية للأحكام الابتدائية • والحكمة من ذلك تتمثل فى حرص المشرع على وجوب تأكيد الحق ــ المراد التنفيذ اقتضـــاء له ــ تأكيدا نهائيا قبل البدء فى اجـــراءات التنفيذ ، والأحكام النهائيـــة هى التى تؤكد هذا الحق ، لأنهـــا تحقق درجة من الاستقرار تكفى لتنفيذها[٧٤] • أما الأحكام الابتدائية ، فنظرا لقابليتها للاستئناف ، واحتمال الغائها فيه ، فتكون حجيتها قلقة ، فلا يكون الحق الثابت فيها مؤكدا بدرجة تكفى لتنفيذها •

واذا كان هذا هو الأصل ، الا أن المشرع قد خرج عليه ــ لاعتبارات خاصة ــ واعترف لبعض الأحكام الابتدائية ، بصلاحيتها للتنفيذ ، نظرا لما قـــدره من أن تأخير تنفيذ هذه الأحكام حتى صيرورتها انتهائيـــة ، قد يحدث أضرارا بمصلحة الدائن ، وقد يكون حق الدائن المؤكد فى الحكم الابتدائى مبنيا على أساس قوى يصبح احتمال تأييد الحكم فى الاستئناف احتمالا قويا • لذلك اعترف المشرع بصلاحية الأحكام الابتدائية للتنفيذ،

---

(٧٤) Coniglio Antonio : Riflessioni in tema di esecuzione provvisoira della setenza, in Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Cedam, 1950, V. II, p. 11, p. 773-294, Vedi p. 273. Calvosa, La tutela cautelare, Torino, 1963.

وراجع كذلك كيوفندا ــ مبادىء ص ١٩٨ ــ ١٩٩ •

قبل صيرورتها انتهائيــة ، أى تنفيذها نفاذا وقتيا esecuzione Psovvisoria (٧٥) وسمى كذلك لأنه يحصل قبل الأوان الطبيعى لتنفيذ الأحكام • ونظرا لأن التنفيذ المعجل يتم قبل الأوان ، فان مصيره يتوقف ، بلا شك على تأييد الحكم أو الغائه من محكمة الاستئناف ، ولهذا سمى هذا النفاذ بأنه نفاذ مؤقت •

يتضح مما تقــدم أن النفاذ المعجل أو النفاذ الوقتى يمكن تعريفه بأنه صلاحية الحكم الابتدائى للتنفيــذ حتى ولو كان ميعاد الاستئناف ما زال مفتوحا ، أو طعن فيه فعلا بالاستئناف ولم يفصل فيه بعد •

وترتبط فكرة النفاذ المعجل هذه ، بفكرة الحماية الوقتيــة المقررة للحقوق أو المراكز القانونية ، والتى يقوم القضــاء بمنحها • فالوظيفة القضائية تتمثل — كما رأينا — فى ازالة عوارض النظام القانونى ، والتى تعرقل — ولو مؤقتا — النفاذ العادى للقانون ، من خلال النشاط الأصيل للأفراد • وتتعدد هذه العوارض ، وبتعددها تتعدد صور الحماية القضائية، بحسب خطورة العارض،ودرجته • فيوجد القضاء الموضوعى الذى يحقق اليقين القانونى عن طريق تأكيد وجود الحق أو المركز القانونى أو نفيه ، فى حالة ما اذا تمثل الاعتداء فى مجرد الشك فى هذا الوجود ، فيتدخل القضاء مصدرا حكما ملزما للخصوم ، مؤكدا وجود أو نفى الحق • فان اقتصر الحكم على هذا كان حكما تقريريا بحتا • أما اذا تعداه الى احداث تغيــير مادى — بالانشاء أو التعديل أو الانهاء — فى الحق أو المركز ، كان الحكم حكما منشئــا • واذا ألزم الحكم الخصــم بأداء معين كان حكما ملزما •

وبجانب هذه الصورة ، توجد الحماية الوقتية للحقوق أو المراكز ،

---

(٧٥) ويطلق عليه البعض فى الفقه الايطالى : esecuziene immediata اى التنفيذ المعجل •

انظر كونوليو انتونيو — المرجع السابق ص ٢٧٤ — وكذلك :
Satta Salvatore : Dir. proc. riv. 1959, Cedam, No. 121 p. 197.

اذا ما كانت هناك حالة عاجلة ، تستدعى تدخل القضاء لحماية الحق أو المركز القانونى ، خاصـــة مع تعقد وتشعب اجراءات التقاضى ، اللازم اتخاذها للحصول على الحماية الموضوعية ، والتى كثيرا ما تتطلب وقتا طويلا ، وفى خلال هذا الوقت قد يتعرض الحق للضياع ، أو المال المتنازع عليه للهلاك ، أى يتولد خطر يهدد هذا الحق أو المركز ، بحيث يجب — تأمينا للحق أو المركز — تدخل القضاء لحمايته حماية سريعة ومؤقتة ، تضمن تحقيق الحماية الموضوعية عند الحصول عليها بعد ذلك[٧٦] .

ولكن الخطر النـــاشىء عن بطء اجراءات الحصـــول على الحماية الموضوعية ، لا يزول فى حالات معينة ، بمجرد صدور الحكم الوقتى أو المستعجل المانح للحماية المؤقتة للحق أو المركز القانونى ، وانما يتطلب دفع مثل هذا الخطر ، اتخاذ اجراءات أخرى سريعة لتنفيذ الحكم الوقتى، دونما انتظار لصيرورته انتهائيا ، أى لابد من الاعتراف لهذه الأحكام بقوة تنفيـــذية عاجلة . وهذا ما فعله المشرع المصرى ، اذ أنه لم يقصر الحماية الوقتية على مرحلة التحقيق فحسب ، بل اعترف بها أيضا بالنسبة للتنفيذ[٧٧] الى الحد الذى معه يمكن القول بأن هناك حماية وقتية تنفيذية وهذه تقابل التنفيذ العادى للأحكام[٧٨] ، وتتعدد صور الحماية الوقتية فى التنفيذ ، نظرا لاختلاف المصالح التى تبررها . فيعترف المشرع للدائن الحق فى توقيع الحجز التحفظى على أموال المدين خشية تهريبها ، كما يعترف للمحكوم له بحكم ابتدائى بالحق فى تنفيـــذه معجلا . ويعترف ثالثا للمحكوم عليه بحكم صالح للتنفيذ ، لكونه انتهائيا أو مشمولا بالنفاذ

---

(٧٦) انظر وجدى راغب — التنفيذ ص ٦٦ — ٦٧ . ومؤلفنا — قانون القضاء المدنى — ط٢ — ١٩٩٠ ، ص ١٠٤ بند ٥٥ وما بعدها .

(٧٧) انظر وجدى راغب — المرجع السابق ص ٦٧ وهامش (١) مشيرا الى :

Liebman : Unita del procedimento Cautelare, Riv. dir. proc. 1954, p. 248-254.

وراجع كوفندا ص ٢٢٥ — مبادىء .

(٧٨) انظر وجدى راغب ، ص ٦٨ .

المعجل ، بالحق فى وقف تنفيذ هذه القوة مؤقتا من محاكم الطعن تبعا للطعن فى الحكم[٧٩] .

ويعتبر النفاذ المعجل ، صورة من صور الحماية الوقتية فى مجال التنفيـذ والتى يعترف المشرع بها — حمـاية للدائن (المحكوم له) — لمواجهة الخطر النـاشىء عن تأخير الحصول على حماية الحق . وهذا الخطر هو ما يعبر عنه بالاستعجال ، الذى يبرر الحماية الوقتية .

٦٤ — طبيعة النفاذ المعجل :

اختلف الفقهاء فى تحديد الطبيعة القانونية للنفاذ المعجل[٨٠] ولكننا — ودون الدخول فى تفاصيل هذا الخلاف — نرى أنه مهما اختلفت أسباب النفاذ المعجل ، وتباينت حالاته ، فان ذلك لا ينفى وحدة طبيعة النفاذ المعجل والتى تستهدف غرضا واحـدا هو مواجهة مشكلة الاستعجال ، ودرءا للأخطـار التى تتهدد الحق أو المركز المحتمل حمايتـه ، حماية موضوعية ، من تأخير الحصول على هذه الحماية الموضوعية والتى تتطلب اتخاذ اجراءات طويلة تستغرق وقتا قد يطول . ولذلك فان النفاذ المعجل ما هو الا صورة من صور الحماية الوقتية فى مجال التنفيذ والتى يعترف بها المشرع للمحكوم له ، وهو قوة تنفيذية وقتية تلحق بالحكم الابتدائى ، ويتوقف مصير هذه القوة على مصـير الحكم ذاته ، فبصيرورة الحكم انتهائيا ، استقرت هذه القوة التنفيذية الوقتية لتصبح قوة عادية ، واذا ألغى الحكم الابتدائى ، زالت هذه القوة ، وتزول معها كل الاجراءات التنفيذية التى تم اتخاذها قبل صدور حكم الالغاء ، اذ يتعين اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ[٨١] .

---

(٧٩) وجدى راغب ، ص ٦٩ — ٧٠ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٢٦ .

(٨٠) انظر فى تفاصيل هذا الخلاف . وجدى راغب ص ٧١ — ٧٥ عبد الخالق عمر ٢٢٨ — ٢٣٠ .

(٨١) انظر وجدى راغب — المرجع السابق ص ٧١ — ٧٥ . ابو الوفا ، ص ٥٨/٥٧ بند ٢٤ ، فتحى والى بند ٢٩ ، ص ٥٩ ، عبد الخالق عمر ص

وهذه القوة التنفيذية الوقتية لايتم الاعتراف بها للأحكام الابتدائية، الا اذا توافرت شروط الحماية الوقتية بصفة عامة وهى الاستعجال أو الخطر من التأخير Pericu lum in mora كذلك امكانية وجود الحق Fumus boni Juris, «possibilita di un diritto»[٨٢] ولا يدحض هذا القول بأن المشرع قد اعترف مباشرة بالقوة التنفيذية الوقتية لبعض الأحكام، بغض النظر عن هـذه الشروط . وذلك لأن المشرع فى هـذه الحالات (حالات النفاذ المعجل بقوة القانون) قد افترض توافر هذه الشروط فى تلك الأحكام، فضلا عن أن المشرع ترك للقضاء سلطة واسعة فى الأمر بالتنفيـذ المعجل، أو عدم الأمر به حسبما يتراءى له من مدى توافر شروط الحماية الوقتية[٨٣] .

وليس أدل على الطبيعة الوقتية للنفاذ المعجل من أن كل حالاته انما هى مؤسسة اما على حالة الاستعجال، واما على قوة ومتانة ما تستند عليه . فضلا عن أن مصيره متوقف على نتيجة الطعن فى الحكم، النافذ نفاذا معجلا، فاذا انقضى موعـد الاستئناف دون رفعه أو رفع وتأيد الحكم الابتدائى، استقر التنفيذ الذى تم، أما اذا ألغى الحكم الابتدائى فى الاستئناف زال التنفيـذ وتعين اعادة الحال الى ما كانت عليـه قبل التنفيـذ .

بالاضـافة الى أن الدائن يقوم بتنفيـذ الحكم نفاذا معجلا على مسئوليته، متحملا تبعة قيـامه بهذا العمل، بحيث اذا ألغى الحكم،

— ۲۲۹ — ۲۳۰ وأحكام النقض الايطالية ۱۹۵۰/٥/۲۳، ۱۹٦۰/٤/۲۷ . ق بلاتزو — دوناتو، ص ١٥ — ١٦ .

(٨٢) انظر كيوفندا — مبادىء ص ٢٢٧ . كوستا — السابق، ص ٥٧ . زانزوكى — الجزء الاول ص ١٦٨ بند ٣٩ .

فتحى والى — القضاء المدنى ص ٢٥٩ . وجدى راغب : نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٣، العدد الاول، ص ٢٤٦ . والنظرية العامة للتنفيذ ص ٦٨ .

(٨٣) وجدى راغب، ص ٧٢ وما بعدها .

الغى تبعا لذلك ما اتخذه من اجراءات التنفيذ ، على أموال مدينه ، فضلا عن كونه مسئولا مسئولية تقصيرية عن الأضرار التى سببها لخصمه ، وسواء كان الدائن مخطئا أو لم يكن كذلك ، حسن النية أو سىء النية ، وهو نفس الحكم الذى يطبق على من يقوم باتخاذ الأعمال الوقتية[٨٤] .

من كل ما تقدم ، يتضح أن النفاذ المعجل صورة من صور الحماية الوقتية فى مجال التنفيذ . ومن ثم تطبق عليه القواعد العامة المنظمة لهذا النوع من الحماية ، فلا تستطيع المحكمة ، لذلك ، فى غير حالات النفاذ المعجل القانونى أن تحكم بالنفاذ الوقتى الا اذا تحققت من توافر شروط

---

(٨٤) انظر وجدى راغب ، ص ٧٤ — ٧٥ . ابوالوفا ، ص ٥٨ ، ٥٩ بند ٢٥ . عبد الخالق عمر ، ص ٢٣٠ وما بعدها . حامد فهمى ، بند ٦٦ . عبد الحميد ابو هيف — ص ٦٣ . وهذا الراى هو ما تاخذ به محكمة النقض راجع نقض ١٩٦٩/٣/٢٧ مجموعة احكام النقض ، السنة ٢٠ ، ص ٥٠٨ . ونقض ١٩٦٧/١/٢٣ ، المجموعة س ١٨ ص ١٠٨٤ ، ١٩٦٩/١١/٢٧ — المجموعة س ٢٠ ص ١٢٤٢ . ونقض فرنسى ١٩٠٣/٦/١١ ، فى سيرى ١٩٠٦ ، ١٧٩٠ . جلاسون وتيسيه ج ٣ بند ٨٩٦ وان كان البعض (رمزى سيف — المرجع السابق ٦٠ — ٦٢ ، أمينة النمر ، ص ١٦٨) ينتقد هذا المذهب مستندا فى ذلك الى أن من قام بالنفاذ المعجل أنما قام به استعمالا لحق اعطاه له المشرع وليس مجرد رخصة كما قال بذلك انصار المذهب الاول . ولا يسال صاحب الحق الا اذا تجاوز الحدود المشروعة للحق . كما ان الاخذ بالراى الاول يؤدى الى عرقلة استخدام حق الالتجاء الى القضاء ومنها الحق فى التنفيذ ، وبذلك يفوت الغرض الذى من أجله تم تقرير الحماية التنفيذية ، ومن ناحية ثالثة فان القول بان حق المحكوم له فى اجراء التنفيذ يزول بالغاء الحكم فيصبح التنفيذ الذى تم غير مستند على اساس من الحق ، فغير صحيح ، وليس ادل على ذلك من ان مقتضاه مساءلة المحكوم له بحكم نافذ نفاذا عاديا اذا الغى بعد ذلك فى النقض او الالتماس ومن ناحية رابعة فكيف يمكن بناء المسئولية على اساسين فى وقت واحد هما الخطأ الناشىء من عدم تبصر المنفذ نفاذا فى وقت واحد هما الخطأ الناشىء من عدم تبصر المنفذ نفاذا معجلا ، وفكرة المخاطر ، ونرى ان هذه الانتقادات لا محل لها لاعتبارات متعددة نحيل القارىء بالنسبة لها الى د. محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ .

الحماية الوقتيــة وأهمها شرط الاستعجال ، أو الخطر من التــأخير مع امكانية وجود الحق .

لما تقــدم نؤيد الرأى القائل بأن النفاذ المعجل لا يعتبــر نظاما استثنائيا كما يذهب الى ذلك البعض[٨٥] على الرغم من تنظيمه القانونى وتحديد حالاته على سبيل الحصر ، وانما هو نظام يخضع فى تنظيمه لمقتضى القواعد العامة ، المنظمة للحماية الوقتية ، فهو صورة منها ، والا لأمكن القول بأن القضاء الوقتى هو الآخر نظام استثنائى ، وهذا لم يقل به أحد . ولذا فلا يخضع النفاذ المعجل بالنسبة لتفسير قواعده لما تخضع له النصوص الاستثنائية[٨٦] . ومما يؤكد أن النفاذ المعجل هو صورة من صور الحماية الوقتية البند رقم ٧ من المادة ٢٩٠ والخاصة بحالات النفاذ القضائى والذى يجيــز المشرع للقاضى الأمر بالنفاذ المعجل « اذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيــم بمصلحة المحكوم له » أى يتطلب المشرع للأمر بالنفاذ المعجل توافر الضرورة التى تستــوجب الحماية الوقتيــة ، وهى الاستعجال ، درءا لضرر جسيــم يقع للمحكوم له اذا ما انتظر حتى صيرورة حكمه انتهائيا لكى يستطيع تنفيذه نفاذا عاديا .

الفرع الثــانى

حالات النفاذ المعجل

٦٥ ــ تحديد حالاته :

تحرص التشريعات المعاصرة ، ومنها التشريع المصرى على تحديد حالات النفاذ المعجل بنصوص تشريعية صريحة . على أن ذلك لا يعنى

---

(٨٥) رمزى سيف ــ المرجع السابق ص ٣٠ . فتحى والى ، ص ٦١ ، ٧٠ عبد الباسط جميعى . المبادىء العامة ص ٧٧ . ابو الوفا ــ ص ٢٤ ماهر زغلول ــ أصول ، ص ٤٧ بند ٢٧ .

(٨٦) انظر وجدى راغب ، المرجع الســـابق ص ٧٣ . عكس ذلك د. فتحى والى ، ص ٧٠ .

تعلق قواعد النفاذ المعجل بالنظام العام ، الذى يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها . اذ أن الحق فى النفاذ المعجل حق يعترف به المشرع للمحكوم له ، وبالتالى يكون لصاحبه أن يستخدمه ، وله أن يتنزل عنه . كما يمكن للأفراد (أطراف النزاع) الاتفاق — قبل صدور الحكم أو حتى بعد صدوره — على عدم تنفيذ الحكم تنفيذا معجلا ، مفضلين الانتظار حتى صيرورة الحكم انتهائيا[٨٧] ، كما يمكن لهم — من ناحية أخرى — الاتفاق مقدما ، أو مؤخرا ، بعد صدور الحكم — على جعل الحكم الصادر بينهم ، نافذا فور صدوره ، ولو كان قابلا أصلا للطعن فيه بالاستئناف ، اذ أن هذا الاتفاق يعتبر قبولا للحكم ، مانعا من الطعن فيه ، مما يجعله نهائيا ، نافذا نفاذا عاديا وليس نفاذا معجلا[٨٨] .

وباستقراء النصوص المنظمة للنفاذ المعجل فى تشريعنا يتضح أنها تنقسم الى حالات يكون النفاذ المعجل فيها ثابتا لأحكام معينة بقوة القانون ، وهذه ما تسمى حالات النفاذ الحتمى أو الوجوبى ، والى حالات يكون النفاذ المعجل فيها ثابتا بأمر من المحكمة ، وهى ما تسمى بحالات النفاذ القضائى أو الجوازى .

٦٦ — أهمية التفرقة بين حالات النفاذ المعجل الحتمى ، وحالات النفاذ المعجل القضائى :

تظهر أهمية التفرقة بين نوعى النفاذ المعجل فيما يأتى :

— يثبت النفاذ المعجل للحكم الابتدائى ، فى حالات النفاذ الحتمى ، بقوة القانون ، ومن ثم فلا حاجة للنص عليه فى الحكم من قبل المحكمة ،

---

(٨٧) أنظر فتحى والى — المرجع السابق ص ٧٠ محمد عبد الخالق عمر ، مبادىء ص ٢٣٣ — ٢٣٤ .

(٨٨) قارن فتحى والى ، ص ٣٢ ، ص ٦١ الذى يقرر أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على أن الحكم الذى سيصدر أو صدر غير مشمول بالنفاذ المعجل ، يعتبر نافذا معجلا ، ابو الوفا — بند ٣٤م ص ٨٠ وما بعدها .

(٨٩) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، المبادىء العامة فى التنفيذ . دار الفكر العربى ، ١٩٧٨ ص ٧٧ — ٧٨ .

فان نصت عليه ، كان تزيدا منها ، بل انها لا تملك رفض طلب الأمر بالنفاذ المعجل اذا كان ثابتا بقوة القانون[٨٩] ، أما فى حالات النفاذ القضائى ، فالحكم يستمد قوته التنفيــذية المعجلة من أمر المحكمة بشموله بالنفاذ المعجل•فلابد من النص عليه فى الحكم ، فان لم تأمر به فى الحكم فلايصلح للتنفيذ بمقتضاه تنفيذا معجلا • وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة فى شمول الحكم بالنفاذ المعجل أو عدم شموله به •

— نظرا لأن الحــكم — فى حالات النفــاذ الحتمى يكتسب قوته التنفيذية المعجلة من القانون مباشرة ، فلا حاجة لطلبه من قبل الخصوم ، لنحكم به من المحكمة • بعكس النفاذ القضائى اذ أن الحكم يكتسب قوته التنفيذية المعجلة من أمر المحكمة وبما أن القضاء لا يحكم فيما لم يطلبه الخصوم أو بأزيد مما طلبوه فلن تأمر المحكمة بالنفاذ المعجل من تلقاء نفسهــا ، وانما بناء على طلب صــاحب المصلحة فى الحماية الوقتيــة التنفيــذية •

— يوجب القانون فى بعض حالات النفاذ المعجل بقوة القانون تقديم كفالة من المحكوم له ، ولا يوجد لهذا الوجوب محل فى كل حالات النفاذ القضائى ، فترك المشرع للقضاء سلطة الأمر بالنفاذ المعجل أو عدم الأمر به ، كما ترك للقاضى أن يلزم المحكوم له بتقديم كفالة أو لا يلزمه بذلك •

— حدد المشرع الحالات التى يكون فيها الحكم الابتدائى مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، على سبيل الحصر ، بينما لم يسلك المسلك نفسه فى حالات النفاذ القضائى ، وان كان قد نص على هذه الحالات • بدليل أنه يعطى للقاضى سلطة شمول الحكم بالنفاذ المعجل فى أى حالة يكون التأخير فيها ضــارا بالمحكوم له ضررا جسيما (راجع المادة ٢٩٠ مرافعات) •

٦٧ — أولا : النفاذ المعجل القانونى وحالاته :
L' éxecution Provisoire Légale

ينص القانون المصرى ، بنصــوص متفرقة ، على حالات معينة ،

يكون الحكم فيها نافذا نفاذا معجلا بقوة القانون الا أننا نكتفى فى هذا الصـــدد بأهم الحالات ، الواردة فى قانون المرافعات ، وحالة واردة فى تشريعات الأحوال الشخصية وذلك على النحو التالى :

١ ـ الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة :

تقضى المادة ٢٨٨ مرافعات بأن « النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها ... » .

يتضح من هذا النص أن المشرع أراد تحقيق الحماية الوقتية كاملة للحق أو المركز القانونى ، فنص على شمول الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، رغم قابلية هذه الأحكام للطعن فيها بالاستئناف دائما (م ٢٢٠ مرافعات) بل وعلى الرغم من الطعن فيها فعلا بهذا الطريق ، اذ قدر المشرع أن الحماية الوقتية لا تتحقق الا بنفاذها نفاذا معجلا . فالنفاذ المعجل المقرر لهذه الأحكام تقتضيه طبيعتها المستعجلة ، اذ أن الانتظار حتى تصبح هذه الأحكام انتهائية من شأنه أن يفوت الغرض من صدورها . فضلا عن أن نفاذها معجلا قليل الخطر لأنها لا تفصل فى أصل الحق[٩٠] . وامعانا من المشرع فى تحقيق أقصى اشباع لطالب الحماية الوقتية،فقد شمل الأحكام الوقتية بالقوة التنفيذية المعجلة بقوة القانون بغير كفالة كأصل عام . الا اذا اشترطت المحكمة تقديمها قبل تنفيذ الحكم تنفيذا معجلا صيانة لحق المنفذ عليه[٩١] .

وينص القانون على شمول الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة بالنفاذ المعجل « أيا كانت المحكمة التى أصدرتها » أى سواء كانت صادرة

---

(٩٠) رمزى سيف ـ المرجع السابق ص ٤٢ . فتحى والى ص ٦٥ ـ ٦٦ بند ٣٦ . وجدى راغب ٧٧ .

(٩١) رمزى سيف ـ المرجع السابق ص ٧٣ . فتحى والى ص ٦٦ . عبد الباسط جميعى ، محمود هاشم ، المرجع السابق ص ٨١ ـ ٨٢ فاذا جاء الحكم خلوا من وجوب تقديم الكفالة ، كان النفاذ المعجل طليقا فيها رجوعا الى الأصل ، بلازم ان ينص القاضى فى حكمه على عدم لزوم الكفالة .

عن قاضى الأمور المستعجلة ، أو عن قاضى آخر بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة ، مثل محكمة الموضوع التى تفصل فى المنازعات المستعجلة المتفرعة عن الخصومة الأصلية ، وقاضى التنفيذ بالنسبة لمنازعات التنفيذ الوقتية (راجع المواد ٤٥ ، ٢٧٥/٢ من قانون المرافعات) .

٢ — الأحكام الصادرة فى المواد التجارية :

تقضى المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات بأن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، وذلك بشرط تقديم الكفالة » .

يتضح من النص المتقدم أن المشرع المصرى ، استجابة لعامل السرعة الذى تقتضيه المعاملات التجارية للوفاء بالالتزامات ، قد نص على شمول الأحكام الصادرة فى تلك المواد بالقوة التنفذية المعجلة ، بالرغم من قابليتها للاستئناف ، بل وبالرغم من الطعن فيها بالفعل بهذا الطريق . وتشمل الأحكام الابتدائية الصادرة فى المواد التجارية بالنفاذ المعجل بقوة القانون، أيا كان السبب المنشىء للالتزام ، عقدا كان أو غير عقد ، وأيا كان سنده ، مكتوبا أو ليس كذلك ، وأيا كان موضوعه ، تنفيذ عقد تجارى أو فسخه[٩٢] .

والمقصود بالأحكام الصادرة فى المواد التجارية فى هذا الخصوص ، الأحكام الموضوعية منها ، فهذه تشمل بالنفاذ المعجل بقوة القانون مع وجوب تقديم الكفالة . أما الأحكام التجارية الوقتية الصادرة من القاضى الوقتى فانها تكون مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون كذلك ولكن بغير كفالة تطبيقا للمادة ٢٨٨ وليس وفقا للمادة ٢٨٩ من قانون المرافعات[٩٣] .

وصيانة لحق المحكوم عليه بمقتضى حكم تجارى موضوعى ، فقد أوجب المشرع ضرورة تقديم الكفالة قبل البدء فى تنفيذ هذا الحكم تنفيذا

---

(٩٢) انظر رمزى سيف — المرجع السابق ص ٤٣ ، فتحى والى — المرجع السابق ص ٦٧ . وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٧٧ .

(٩٣) انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٨٣ — ٨٤ .

معجلا • فكما أن النفاذ المعجل مقرر لهذه الأحكام بقوة القانون . فالكفالة هى الأخرى مقررة بقوة القانون ، ولا يجوز للمحكمة الاعفاء منها[٩٤] ، كما أنه ليس من الضرورى أن تأمر بها المحكمة •

٣ — الأحكام الصادرة بأداء النفقات :

وهى تلك الأحكام الموضوعية الصادرة بأداء النفقة الواجبة قانونا لأحد الأزواج أو الأقارب فقد أصبحت هـذه الأحكام نافذة نفاذا معجلا بقوة القانون بغير كفالة بعد صدور القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ - بعد أن كانت من بين الأحكام التى يجوز للقضاء شمولها بالنفاذ المعجل قبل صدور هذا القانون •

ويلحق بالأحكام الموضوعية الصادرة بالنفقات الأحكام الصادرة بأداء أجرة الرضاعة أو الحضانة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين ، اذ أن كل هذه الأحكام باتت نافذة نفاذا معجلا وبغير كفالة ، بقوة القانون وذلك مراعاة للحاجة الملحة لمستحق النفقة •

مع مراعاة أن الأحكام المستعجلة الصادرة بأداء نفقة وقتية لمستحق النفقة تكون نافذة نفاذا معجلا بقوة القانون بغير كفالة وفقا للمادة ٢٨٨ مرافعات بوصفها أحكاما مستعجلة • وكذلك الأوامر الصادرة من القضاء بأداء نفقة وقتية بناء على عريضة مقدمة من مستحق النفقة ، وذلك على اعتبار كونها أوامر على عرائض •

سبيل معرفة ما اذا كان الحكم وقتيا أو تجاريا :

لما كان النفاذ المعجل مقرر بقوة القانون لكل من الأحكام الصادرة

---

(٩٤) على خلاف قانون المرافعات الملغى الذى كان ينص على الاعفاء من الكفالة فى بعض الحالات . راجع المواد ٤٦٨ — ٤٧٠ من القانون الملغى .

وقضت محكمة النقض بأن « تنفيـذ الحكم (التجارى) دون اعمال شرط الكفالة يؤدى الى بطلان هذا التنفيذ دون حاجة لاثبات وقوع ضرر معين (نقض ١٩٧٩/٥/٧ فى الطعن رقم ٢٧ ، ٤٥ ق) .

فى المواد المستعجلة وكذلك المواد التجارية ، دون تطلب صدور أمر من القاضى بهذا النفاذ المعجل • ويجب على المحضر أن يتحقق قبل شروعه فى التنفيذ ، من حقيقة هذه الأحكام مستعجلة أو تجارية ، فاذا لم تكن كذلك يمتنع عليه — كما امتنع على الكاتب من قبل[٩٥] — أن يقوم بتنفيذها الا بعد صيرورتها انتهائية •

وقد حدد المشرع سبيلا لمعرفة حقيقة الحكم • فقد قضت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات بضرورة أن يشتمل الحكم — فضلا على بيانات أخرى — على بيان ، ما اذا كان صادرا فى مادة تجارية أو فى مسألة مستعجلة • فيجب على قاضى الموضوع أو على قاضى التنفيذ عند اصدار حكم فى مسألة مستعجلة بيان ذلك فى الحكم • واذا أغفلت المحكمة ذكر هذا البيان ، وجب على المحضر الامتناع عن تنفيذ الحكم حتى يتم تصحيح الحكم بواسطة المحكمة التى أصدرت الحكم على أساس أن هذا الاغفال يعتبر خطأ ماديا أو كتابيا يجوز تصحيحه وفقا للمادة ١٩١ مرافعات[٩٦] •

٦٨ — ثانيا : النفاذ المعجل القضائى وحالاته :

L'execution provisoire judiciaire

تنص المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات على مجموعة من الحالات ، يجوز فيها للمحكمة ، أن تأمر بشمول الحكم الصادر فى احداها ، بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بغير كفالة • ويستمد الحكم فى هذه الحالات قوته التنفيذية المعجلة من أمر القضاء ، ولذلك سمى نفاذا قضائيا • والمحكمة لا تقضى به من تلقاء نفسها كما رأينا ، فلابد من طلبه من صاحب المصلحة• على أنه ليس من الضرورى أن يرد طلب النفاذ المعجل من الخصم فى صحيفة الدعوى ، فقد يتم ابدائه بمذكرة لاحقة أو شفاهة فى الجلسة • كل مافى الأمر أنه لابد من طلب النفاذ المعجل — ان أراد صاحب الشأن —

---

(٩٥) ذلك ان الكاتب يمتنع عليه استخراج الصورة التنفيذية للحكم او الأمر الا اذا كان الحكم او الأمر صالح للتنفيذ بمقتضاه .

(٩٦) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٨٠ — ٨١ .

قبل صدور الحكم فى الدعوى من محكمة الموضوع،فاذا انقضت الخصومة بحكم موضوعى منه لها ، فلا يقبل طلب الأمر بالنفاذ المعجل من محكمة الاستئناف ، لأن ذلك يعد ولا شك طلبا جديدا لا يكون مقبولا فى خصومة الاستئناف .

والمقصود بحالات النفاذ القضائى هى الحالات التى حددها المشرع وأعطى القضاء سلطة فى شمول الأحكام الابتدائية الصادرة فيها بالنفاذ المعجل[٩٧] فى غير المواد المستعجلة ولا المواد التجارية ، اذ أن الأحكام الأخيرة تكون مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون .

فالنفاذ المعجل القضائى (الجوازى) ، لا يكون الا بالنسبة للأحكام الموضوعية الصادرة فى المواد المدنية .

وتقوم حالات النفاذ المعجل القضائى على أحد اعتبارين :

أولهما حاجة السرعة فى التنفيذ (الاستعجال) الناشىء عن الخطر فى التأخير L' urgence Pericoio nel ritardo وثانيهما قوةسندالحق المراد حمايته بالتنفيذ المعجل[٩٨] . حيث يستنتج المشرع من هذه القوة احتمال تأييد الحق عند الطعن فيهبالاستئناف .

٦٩ — (ا) الحالات المبنية على حاجة الاستعجال فى التنفيذ :

١ — الأحكام الصادرة بأداء الأجور والمرتبات :

تنص المادة ١/٢٩٠ من قانون المرافعــات على جواز الأمر بالنفاذ المعجل فى الأحكام الصادرة بأداء النفقات (٩٩) والأجور والمرتبات . والمقصــود بالأحكام الصادرة بأداء الأجور أو المرتبات ، تلك الأحكام

---

(٩٧) Satta S. : Dir. proc. civ. 1959, Cedam, No. 212 p. 297.

(٩٨) راجع — ساتا — المرجع السابق ص ٢٩٧ بند ٢١٢ .

(٩٩) اصبحت الاحكام الصــادرة باداء النفقات للازواج او الاقارب مشمولة بالنفاذ المعجل بغير كفالة بقوة القانون ، وذلك بعد صدور القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ .

المتعلقـة بالأجور والمرتبات الناشئة المستحقة للعـاملين كافة من خدم وصناع وعمـال ومستخدمين والناشئـة عن علاقة من علاقات العمـل أيا كانت النظـم القانونية الخاضعين لهـا[١٠٠] • فليس بشرط أن يكون العمل خاضعا لقانون العمل أو عقد العمل الفردى ، ولكن لابد أن يكون المحكوم به أجـرا أو مرتبا ، فان كان المحكوم به أتعابا مستحقة لذوى المهن الحرة ، فلا ينطبق هذا النص عليه • وكذلك الأمر لو كان المحكوم به للعامل مجرد تعويضات أو مكافآت ولو كانت ناشئة عن عقد العمل فلا تشمل بالنفاذ المعجل أيضا وفقا لهذه الفقرة ، الا اذا ترتب على التأخير فى تنفيذها ضرر جسيم لمصلحة المحكوم له ، فيمكن شمولها فى هذه الحالة بالنفاذ المعجل وفقا للمادة ٦/٢٩٠ مرافعات •

٢ — حصول ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له :

ينص المشرع فى البند رقم ٦ من المادة ٢٩٠ على جواز الأمر بالنفاذ المعجل « اذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له » • وبهذا النص أكد المشرع طبيعة النفاذ المعجل ، من أنه صورة من صور الحماية القضائية الوقتية ، ولأن هذه الفقرة قد تضمنت مبدأ عاما يعترف فيه للقضاء بسلطة منح النفاذ المعجل فى غير ما نص عليه القانون من حالات اذا قدر أن التأخير فى التنفيذ من شأنه أن يلحق ضررا جسيما بالمحكوم له •

وباستحداث هـذه الفقرة ، لم يعد من المقبول القول بأن النفاذ المعجل نظام استثنائى ، خرج به المشرع على مقتضى القواعد العامة ، ولم يعد من المقبول — نتيجة لذلك — القول بأن حالات النفاذ المعجل محددة على سبيل الحصر •

ولم يحدد المشرع المقصود بالضرر الجسيم ، وانما ترك ذلك لتقدير القاضى ، مدخلا فى اعتباره الظروف الموضوعية والشخصية والملابسة ،

(١٠٠) عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٢٤١ • فتحى والى ، ص ٧١/٧٠ •

ولكن يجب أن يكون الضرر الذى يصيب الدائن من التـأخير فى التنفيذ أكبر من ذلك الذى يلحق بالمحكوم عليه من عدم حصول التنفيذ • فيوازن القـاضى بين مصلحة المحـكوم له ومصلحة المحـكوم عليه فى هـذا الخصوص[١٠١] •

ولما كان النفاذ المعجل يعد صورة من صور الحماية القضائية ، وجب — من ثم — توافر شروط منح هذه الحماية وهى الاستعجال المتمثل فى الضرر الجسيم الذى يصيب المحكوم له من التأخير فى التنفيذ . ورجحان تأييد الحكم فى الاستئناف[١٠٢] •

٧٠ — (ب) الحالات المبنية على قوة سند الحق المؤكد فى الحكم الابتدائى :

وهى تلك الحالات التى بنى فيها المشرع النفاذ المعجل الجوازى على ما يؤدى الى احتمال تأييد الحكم فى الاستئناف اذا ما طعن فيه ، وتتمثل هذه الحالات فى :

١ — الحكم الصادر لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به :

تنص المادة ٢٩٠/ه على جواز شمول الحكم بالنفاذ المعجل اذا كان صادرا لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به •

تفترض هذه الحالة أن المنفذ قد بدأ فى اجراءات التنفيذ ؛ بمقتضى سند تنفيذى ؛ حكما كان أو غير حكم . ثم ثارت منازعة موضوعية أدت الى وقفه . كمن يطلب بطلان التنفيذ — عن طريق الاعتراض على قائمة شروط البيع — على الأراضى الزراعية ، لدخولها فى الخمسة أفدنة الأخيرة،

---

(١٠١) انظر حكم محكمة استئناف نابولى فى ١٩٥٠/٩/٥ منشور فى :
Donato Palazzo : Massimario generale dell'esecuzione civile efiscale, Morano p. 17 No. 20.

وجدى راغب ، ص ٧٩ .

(١٠٢) الدكتور وجدى راغب ، الاشـارة السابقة ، عبد الخـالق عمر ، ص ٢٤٣ .

وحكم فى هذه المنازعة لمصلحة التنفيـذ ، بحكم منه لخصومة المنازعة كالحكم برفض الدعوى ؛ أو بعدم قبولهـا أو بسقوط الخصومة فيها . فانه يجوز فى هذه الحالة أن تأمر المحكمة بنفاذ هذا الحكم نفاذا معجلا ، اذ أن المحكوم له بيده سند تنفيذى منشىء لحقه فى التنفيذ العادى أصلا . نوزع فى هذا السند ، فقضى ، مع ذلك ، لمصلحة حامله ، مما يرجح معه وجود حق طالب التنفيذ ، مما يبرر منحه الحماية التنفيذية المعجلة دون ما انتظار حتى صيرورة الحكم الأخير انتهائيا[١٠٣] .

أما اذا كان الحكم صادرا لمصلحة المحكوم له فى منازعة وقتيـة فى التنفيذ فيشمل هذا الحكم بالنفاذ المعجل بقوة القانون وبغير كفالة ، دون حاجة لأن تأمر به المحكمة ، وذلك تطبيقا للمادة ٢٨٨ من قانون المرافعات.

● استثناء خاص بدعوى الاسترداد :

شاء المشرع ألايخضع دعوى استرداد المنقولات للحكم المتقدم ذكره فى المادة ٢٩٠ ومؤداه أن الحكم الصادر فى منازعة تنفيذية لصالح طالب التنفيذ ، يكون جائز تنفيذه بأمر المحكمة ، نفاذا معجلا بكفالة أو بغير كفالة . فدعوى الاسترداد هى منازعة موضوعية فى التنفيذ ، فان صدر الحكم فيها لمصلحة طالب التنفيذ ، فانه يجب ادخال هذا الحكم فى حالات النفاذ الجوازى المقررة للقضاء . الا أن المشرع لم يفعل ذلك ونص فى المادة ٣٩٥ على أنه « يحق للحاجز أن يمضى فى التنفيذ اذا حكمت المحكمة بشطب الدعوى أو بوقفها عملا بالمادة ٩٩ ، أو اذا اعتبرت كأن لم تكن ، أو حكم باعتبارها كذلك ، أو بعدم الاختصاص أو بعدم قبولها ، أو ببطلان

---

(١٠٣) انظر وجدى راغب — المرجع السابق . ص ٨٠ . رمزى سيف ، المرجع السابق ، ص ٥١ ، بند ٥٠ .

« فاذا كانت دعوى الاستحقاق الفرعية من المنازعات المتعلقة بالتنفيذ . فيجوز شمول الحكم القاضى برفضها بالنفاذ المعجل بغير كفالة بحسبانه حكما صادرا لمصلحة طالب التنفيذ . ونفاذ هذا الحكم يكون بالمضى فى اجراءات البيع التى اوقفت بسبب رفع تلك الدعوى (نقض ١٩٧٥/٣/٢٦ س ٢٦ ، ص ٦٧٥) .

صحيفتها أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها ، ولو كان هذا الحكم قابلا للاستئناف » يتضح من هذا النص أن المشرع قد شمل الحكم الصادر فى دعوى الاسترداد ، والمنهى للخصــومة فيها لصالح طالب التنفيذ ، بالنفاذ المعجل بقوة القانون[١٠٤] . ولم يجعله خاضعا للنفاذ الجوازى الخاضع لتقدير المحكمة مثل سائر الأحكام الصادرة لصالح طالب التنفيذ فى سائر المنازعات الموضوعية المتعلقة به مثل الأحكام الصادرة برفض دعاوى الاستحقاق الفرعية أو عدم قبولها[١٠٥] .

٢ — الحكم الصادر تنفيذا لحكم سابق :

اذا صدر حكم تنفيذا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة ، يجوز للمحكمة أن تشمله بالنفــاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها (م ٢٩٠/٢ مرافعات) . والحكمة من ذلك أن هذا الحكم قد بنى على أساس قوى يؤدى الى احتمال تأييد الحق المنفذ من أجله ، ويتمثل هذا الأساس فى حكم قضائى حائز لقوة الأمر المقضى ، لم يعد قابلا للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة .

ويشترط لشمول الحكم الجديد بالنفاذ المعجل ، والفرض أنه حكم ابتدائى :

١ — أن يكون الحكم السابق حائزا لقوة الأمر المقضى أو مشمولا بالنفاذ المعجل بغير كفالة .

٢ — أن يكون المحكوم عليه خصما فى الخصومة التى صدر فيها الحكم السابق حتى يمكن الاحتجاج عليه بالحكم الجديد[١٠٦] ، وأن يكون الحكم الجديد قد صدر تنفيذا للحكم السابق ، ومثال ذلك الحكم الصادر

---

(١٠٤) رمزى سيف — المرجع السابق ص ٥٢ . فتحى والى ، المرجع السابق ص ٧٠١ .
(١٠٥) نقض ١٩٧٥/٣/٢٦ — مجموعة ، س ٢٦ ، ص ٦٧٥ .
(١٠٦) وجدى راغب ، المرجع السابق ، ص ٨١ .

بالزام المحكوم عليــه بدفع مبلغ معين ، هو مبلغ التعويض المستحق للمحكوم له بمقتضى حكم سابق صدر فى دعوى المسئولية •

٣ — الحكم الصادر بناء على سند رسمى :

تعد المحررات الرسمية (الموثقة) سندات تنفيذية بذاتها ، اذا ما احتوت على الشرائط اللازم توافرها فى السند التنفيــذى ، فاذا لم تستوف هذه الشرائط ، فلا يعتبر سندات تنفيذية • فمثلا اذا لم يتضمن السند الرسمى تحديد المبلغ الواجب أداؤه ، أو ميعاد استحقاقه ، فان هذا السند لا يجوز التنفيذ بمقتضاه ، ويلزم لتنفيذ الالتزام الوارد فيه الحصول على سند تنفيذى آخر • فاذا ما كان السند الآخر حكما ابتدائيا، كان للقضاء — بناء على طلب المحكوم له — شمول هذا الحكم بالنفاذ المعجلبشروط معينة نصت عليها المادة ٢/٢٩٠ هى :

● **أن يكون الحكم الابتدائى مبنيا على السند الرسمى :**

لا يثير هذاالشرط خلافا ، اذا صدر الحكم الابتدائى قاضيا بتنفيذ الحق الثابت فى السند • أما اذا كان صادر بفسخ السند الرسمى ، فان الأمر محل خلاف بين الفقهاء : فمنهم من ذهب[١٠٧] الى أن الحكم فى هذه الحالة لا يعتبر مبنيا على السند الرسمى ومن ثم لا يجوز شموله بالنفاذ المعجل، لأن الفسخ يبنى على وقائع خارجية عن السند الرسمى ، هى التى تفيد عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه • والسند الرسمى لا يشهد على هذه الواقعة فلا يكون الحكم لذلك مبنيا عليه •

ومنهم من ذهب[١٠٨] الى القول بأن الحكم يكون مبنيا على السند الرسمى ولو كان صادرا بفسخه ، ومن ثم يجوز شموله بالنفاذ المعجل ،

---

(١٠٧) رمزى سيف • المرجع السابق ص ٤٧ — ٤٨ بند ٤٧ • الدكتور احمد ابو الوفا — اجراءات — ص ٧٤ — ٧٥ بند ٢٨ • عبد الخالق عمر ص ٢٣٨ •

(١٠٨) انظر عرض هذا الرأى فى محمد حامد فهمى ، التنفيذ ، بنــد ٣٠ ص ٢٥ •

فالحكم يعتبر تنفيذ للشرط الفاسخ المتضمن فى السند سواء كان الشرط صريحا أو ضمنيا ٠

واتجه رأى ثالث[١٠٩] الى ضرورة التفرقة بين ما اذا كان الشرط الفاسخ صريحا أو لم يكن كذلك ٠ فان كان الأول ، فان الحكم يعتبر تنفيذا لهذا الشرط الصريح الوارد فى السند الرسمى ، ومن ثم يكون مبنيا عليه ، فيجوز شموله بالنفاذ المعجل ٠ وان كان الثانى فلا يمكن القول بأن هـــذا الحكم فى هذه الحالة مبنيـــا على السند الرسمى ومن ثم لا يجوز شموله بالنفاذ المعجل ، لأن الحكم فى هذه الحالة ، يعتبر حكما منشئا ، لحالة قانونية جديدة ، غير واردة فى السند الرسمى :

ونحن نرى أن الرأى الأول ــ فى اعتقادنا هو الجـــدير بالتأييد ، والذى لا يشمل الحكم الصادر بفسخ العقد بالنفاذ المعجل لأنه لا يكون مبنيا على السند الرسمى وانما يبنى على وقائع خارجة عنه ٠ ومن ثم فلا يشمل بالنفاذ المعجل الا الحكم الصادر تنفيذا للاجراءات المتضمنة فى السند الرسمى ٠ ولم يعد لهذا الخلاف محل بعد صدور القانون الجديد، نظرا لما أعطاه للقاضى من سلطة تقديرية فى شمول أو عدم شمول الحكم بالنفاذ المعجل فى هذه الحالة أو غيرها ٠

- **أن يكون المحكوم عليه طرفا فى السند :**

وهذا شرط بديهى تقتضيه قواعد العدالة ٠ اذ أن الحكم قد بنى على السند الرسمى ، فيجب أن يكون المحكوم عليه طرفا فيه أو خلفا للطرف الملتزم فى السند ٠

- **الا يكون السند الرسمى مطعونا عليه بالتزوير :**

لأن من شأن الطعن بالتزوير زعزعة قوة السند فى الاثبات لاحتمال الحكم بتزويره ٠ ولا يكفى لخلق هذه الزعزعة مجـــرد انكار الخط أو

---

(١٠٩) د٠ فتحى والى ــ ص ٧٢ ــ ٧٤ ٠

التوقيع ، ولا حتى المنازعة فى صحة السند أو تفسيره[١١٠] • وانما الطعن عليه فعلا بالتزوير بالطريق الذى رسمه القانون •

٤ — الاقرار بنشأة الالتزام :

تقضى المادة ٢٩٠/٣ مرافعات ، بجواز شمول الحكم الابتدائى بالنفاذ المعجل ، اذ كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام •

والمقصود بذلك أن يكون المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام فى ذمته ، ثم أكده الحكم ، ولو نازع المحكوم عليه فى بقائه بعد ذلك ، والفرض أن المحكوم عليه ينازع فى بقاء الالتزام فى ذمته ، اذ لو لم ينازع فى ذلك ، مسلما بطلبات خصمه فان الحكم يكون نهائيا ، جائزا تنفيذه وفقا للقواعد العامة ، دون حاجة لشموله بالنفاذ المعجل لأن هذا التسليم يعد قبولا للحكم ، مانعا من الطعن فيه •

فلابد اذن من الاقرار بنشأة الالتزام صحيحا ، فلا يكفى الاعتراف مثلا باقراره صحة توقيعه على الورقة العرفية المثبتة للدين مع تمسكه ببطلان العقد لأى سبب من الأسباب[١١١] •

ولكن هل يشترط فى هذا الاقرار أن يكون قضائيا ، أى حاصلا أمام القضاء فى الخصومة التى انتهت بالحكم المراد تنفيذه نفاذا معجلا ، أو فى خصومة سابقة عليها • فلا يكفى أن يكون الاقرار بنشأة الالتزام قد تم فى عمل سابق على بدء الخصومة ذهب الى ذلك البعض بالفعل[١١٢] •

---

(١١٠) استئناف مصر ١٩٣٦/٦/٢٠ — المحاماة ١٧ ص ٢٠٨ • فتحى والى ص ٧٣ ، ورمزى سيف — ص ٤٨ • وراجع محمد حامد فهمى — التنفيذ ص ٢٥ هامش (١) •

(١١١) انظر فتحى والى — المرجع السابق ص ٧٤ • وجدى راغب — المرجع السابق ص ٨٤ • رمزى سيف — المرجع السابق ص ٤٨ — ٤٩ بند ٤٨ • عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ص ٢٣٩ بند ٢٢٨ •

(١١٢) د• فتحى والى — المرجع السابق ص ٧٥ ، وقد أشار سيادته الى حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية غير منشور صدر فى ١٩٦٢/١٢/٤ فى القضية رقم ٤٦٧ لسنة ١٩٦١ ، د• رمزى سيف ص ٤٩ •

ولكننا لا نرى هذا الرأى ؛ لأنه أولا يؤدى الى تعقيد الأمور بالنسبة للنفاذ المعجل ؛ فى الوقت الذى راعى المشرع فى تعداد حالات النفاذ المعجل ، البعد عن التعقيد ، ويتنافى مع المرونة التى خولها المشرع للقاضى فى الأمر بالنفاذ المعجل أو عدم شموله ؛ وهو ثانيا يأتى بوصف للأقرار لم ينص عليه المشرع • فالمشرع لم يشترط أن يكون الاقرار قضائيا حتى يمكن شمول الحكم المبنى عليه بالنفاذ المعجل ؛ فعبارة المشرع جاءت عامة(١١٣) مطلقة ؛ لا يجوز تخصيصها الا اذا قام الدليل على هذا التخصيص •

وهذا الرأى يناقض نفسه . اذ تطلب أن يكون الاقرار قد حدث أثناء الخصومة ، ثم يعود بعد ذلك ولا يشترط حدوث الاقرار فى نفس الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد شموله بالنفاذ المعجل ، فيكفى فى الاقرار أن يكون قد تم فى خصومة سابقة عليها • فكيف يكون ذلك ؟ كون الاقرار قضائيا ، والاكتفاء بصدوره فى خصومة سابقة • اذ أن الاقرار فى الحالة الأخيرة يكون غير قضائى • لأنه من المقرر أن الاقرار الذى يصدر فى احدى الدعاوى يكون اقرارا قضائيا فيها ، ولا يكون كذلك فى دعوى أخرى ، ولو بين نفس الخصوم • وفى نفس الواقعة(١١٤) • فالاقرار القضائى مقصور قوته على الدعوى التى صدر فيها ، فاذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير فى دعوى أخرى ؛ كان الاقرار بالنسبة لهذه الدعوى اقرارا غير قضائى(١١٥) • فالاقرار الصادر فى دعوى الحيازة لا يكون اقرارا قضائيا فى دعوى الملكية(١١٦) •

---

(١١٣) انظر عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٢٣٩ •

(١١٤) انظر نقض ١٩٤٣/١١/٥ ، مجموعة عمر رقم ٨١ ص ٢٢١ • استئناف مصر ١٩٣٢/٦/٧ ، المحاماة سنة ١٢ ص ٥٣٨ •

(١١٥) نقض ١٩٦٢/١١/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ ص ١٠٤٢ وراجع نقض ١٩٥٩/٣/٥ مجموعة النقض سنة ١٠ ق ص ٢٤٠ •

(١١٦) انظر عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز فى شرح القانون المدنى سنة ١٩٦٦ — الجزء الأول ص ٦٨١ — ٦٨٢ بند ٧٣٢ •

لماتقدم ، فالرأى عندنا ، أنه يشترط لشمول الحكم بالنفاذ المعجل أن يكون هناك اقرارا من المحكوم عليه بنشأة الالتزام فى ذمته ولو كان اقرارا غير قضائى،تم فى خصومة سابقة،أو تم خارج ساحة القضاء[١١٧]. صريحا كان هذا الاقرار أم ضمنيا ، مكتوبا أم غير مكتوب .

٥ ــ الحكم المبنى على سند عرفى :

تنص المادة ٢٩٠/٤ مرافعات على جواز شمــول الحكم بالنفاذ المعجل . اذا « كان الحكم مبنيا على سند عرفى لم يجحده المحكوم عليه ».

من المعلوم أن المشرع يعترف أيضا للأوراق العرفية المحررة بمعرفة الأفراد أنفسهم ، بقوة معينة فى الاثبات بها بشرط أن تكون موقعة ممن هى حجــة عليه ، وهذا هو الشرط الوحيــد فى الورقة العرفية المعــدة للاثبات[١١٨] .

وتقضى المادة ١٤ من قانون الاثبات (المقابلة للمادة ٣٩٤ مدنى) بأن المحرر العرفى يعتبر صادرا « ممن وقعــه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خطأ أو امضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار ، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق . ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه لايقبل منه انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع » .

يتضح مما تقدم أنه اذا اعترف صاحب التوقيع بصــدور الورقة منه أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها ، اعتبرت الورقة صادرة منه . وتصبــح الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقعهــا فى قوة الورقة

---

(١١٧) عبد الخالق عمر ــ الاشارة السابقة . كما ان هناك من يكتفى بكون الاقرار ثابتا فى ورقة قدمها الخصم الى المحكمة (امينة النمر ص ١٨٥) .

(١١٨) السنهورى ــ المرجع السابق بند ٦٣٦ ص ٥٨٩ .

الرسميـــة ، ولا يقبل بعد ذلك انـــكار التوقيع الا عن طـــريق الطعن بالتزوير[١٣٠] .

فاذا بنى الحكم القضائى على ورقة عرفية غير منكورة من جانب من صدرت عنه ، وكان محكوما عليه فيه . جاز للمحكمة أن تأمر بنفاذه معجلا نظرا لمتانة الدليل الذى يستند اليه الحق المراد اتخاذ الاجراءات لتنفيذه . وذلك اذا ما توافرت شروط ثلاثة هى :

● أن يكون الحكم مبنيا على الورقة العرفية . أى مستندا عليها ، صادرا تنفيذا للالتزام الوارد بها .

● أن تكون الورقة غير منكورة (مجحـــودة) من جانب المحكوم عليه . والانكار هنا هو انكار التوقيع أو البصمة أو الختم . فلا يعد جحودا : الادعاء ببطلان التصرف الثابت فى الورقة أو المنازعة فى تفسير مضمونها . والانكار لا يتطلب اقرارا بصحة السند العرفى ، وانما يتم بالسكوت وهو عدم انكار التوقيع ، ويتطلب ذلك بداهة أن يكون المحكوم عليه على علم بالورقة ، فاذا لم يكن عالما بها وصدر الحكم فى الدعوى دون الاشارة الى الورقة ضمن أوراق الدعوى المعلنة اليه،فلاتعد الورقة غير منكورة فى هذا الصدد[١٢١] . ومن ناحيـــة أخرى تعتبر الورقة غير منكورة اذا كان قد حكم نهائيا بصحتها فى دعوى سابقة ، أو كان التوقيع مصدقا عليه .

● أن يكون المحكوم عليه طرفا فى السند العرفى . وهذا أيضا يعد شرطا بديهيا تقتضيه قواعد العدالة .

---

(١٢٠) عبد الرازق السنهورى — المرجع السابق بند ٦٤٠ ، ص ٥٩٣ — ٥٩٤ .

(١٢١) انظر وجدى راغـــب ص ٨٣ . فتحى والى ص ٧٦ — ٧٧ بو الوفا بند ٣٧ — ص ٩٢/٩٣ .

الفرع الثانى

أحكام النفاذ المعجل

٧٠ — تحديد :

نتكلم فى هذا الفرع عن مجموعة من القواعد التى تحكم النفاذ المعجل من حيث موضوعه ومداه ، ومن حيث الضمانات التى حددها المشرع لاجرائه وذلك على النحو الآتى :

أولا : موضوع النفاذ المعجل

٧١ — موضوع النفاذ المعجل :

القاعدة أن النفاذ المعجل يتحدد موضوعه بالطلبات موضوع الحكم المشتمل عليه ، قانونا أو قضاءا . بحيث لا يمتد الى غيرها ، ولا ينحسر عن بعضها . غير أنه — بالرغم من ذلك — يجب التحرز والاحتياط من اطلاق هذه القاعدة ، حيث أن النفاذ المعجل قد يمتد الى غير الطلبات فى الحكم ، وقد ينحسر عن بعض طلبات محددة فيه ، وذلك على النحو التالى :

١ — النفاذ المعجل يمتد الى ملحقات الطلب الأصلى والمصروفات :

اذا كان القانون قد اعترف بالقوة التنفيذية المعجلة للأحكام بقوة القانون ، وبسلطة القضاء فى تقريرها لبعض الأحكام الصادرة فى بعض الطلبات ، بحيث تقتصر هذه القوة على هذه الطلبات ، فانه من المقرر كذلك أن النفاذ المعجل يمتد ليشمل ملحقات هذه الطلبات لأنه من المؤكد أن ملحقات الطلب الأصلى ، كالفوائد ، تأخذ حكمه من حيث قوته التنفيذية ووصفه ، اذا قضى بها الحكم .

أما بالنسبة لتوابع الطلب الأصلى كالمصروفات ، فانها متى حكم بها ، تأخذ حكم الملحقات ، ومن ثم حكم الطلب الأصلى المتفرعة عنه ، من حيث قوته التنفيذية[١٢٢] .

٢ — النفاذ المعجل ينحسر عن بعض الطلبات فى الحكم لاتخضع له :

ومن ناحية أخرى ، فان النفاذ المعجل لا يكون الا بالنسبة للطلبات التى تخضع لنظامه ، فلا يمتد لغيرها ولو تضمنها الحكم المشمول بالنفاذ المعجل . والغرض فى هذه الحالة أن يصدر الحكم فى طلبــات متعددة ، بعضها يخضع للنفاذ المعجل ولا يخضع له البعض الآخر ، مثال ذلك الحكم الصادر فى شأن نزاع على ملكية عين من الأعيــان . فان قضى الحكم بأحقيتها للمدعى ، مع تعيين حارس عليها لادارتها واستغلالها ، فان الشق الأخير من الحكم ، هو الذى يتم تنفيذه تنفيذا معجلا . باعتباره طلبا وقتيانافذا نفاذا معجلا بقوة القانون . ولا يمتد هذا التنفيذ المعجل . الى الشق الأول من الحكم . الفاصل فى الملكية[١٢٣] .

٧٢ — (ب) قوة النفاذ المعجل :

ومن ناحية أخرى ،فان قوة الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل قانونا أو قضاء ، قوة محدودة . فهى تصلح لاتخاذ اجراءات الحجز التحفظى . كما أنها تصلح لاتخاذ اجراءات الحجز التنفيذى علىالمنقولات . كما أنها تصلح لاتخاذ اجــراءات الحجز التنفيذى على العقــارات دون تلك الاجراءات المحددة لبيعها . حيث توجب المادة ٤٢٦ من قانون المرافعات على القاضى قبل أن يصدر أمره بتحديد جلسة البيع : « التحقق من الفصل فى جميع الاعتراضات المقدمة فى الميعاد بأحكام واجبة النفاذ . والتحقيق من أن الحكم المنفذ به أصبح نهائيا» سيتضح من ثم أنالأحكام

---

(١٢٢) أبو الوفا — بند ٢٩ م ص ٦٩ هامش (١) . قارن فتحى والى ، ص ٦٥ ، حيث يرى استقلال الحكم بالمصاريف عن الحكم فى الدعوى — وأيضا عبد الخالق عمر ، ص ٢٣٤ .

(١٢٣) أبو الوفا ، بند ٢٩ ، ص ٦٨ .

المشمولة بالنفاذ المعجل وان كانت تصلح لاجراء الحجز على العقارات ، فانها لا تصلح لاتخاذ اجراءات بيعها[١٢٤] .

ثانيا : ضمانات المحكوم عليه فى النفاذ المعجل

٧٣ ــ تحــديد :

اذا كان للنفاذ المعجل دواعيه ومبرراته ، تتمثل فى حماية المحكوم له من الخطر الذى يتهدده ، والناتج عن التأخير فى تنفيذ الحكم الذى أكد حقــه أو مركزه . فان ذلك لايجب أن يكون على حســاب المحكوم عليه ومصلحته ، حيث يتم التنفيذ عليه وعلى أمواله بمقتضى أحكام لم تستقر حجيتها وقوتها فى تأكيد الحق المنفذ من أجله تأكيدا نهائيا • وقد يؤدى ذلك الى احداث أضرار بالمحكوم عليه ، يتعذر تداركها اذا ما ألغى الحكم النافذ نفاذا معجلا فى الاستئناف ، حيث قد يعجز المحكوم له عن اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ •

فكان على المشرع المتحضر ، أن يوازن بين هاتين المصلحتين ، وأن يقرر بعض الضمانات القانونية للمحكوم عليه . تكفل اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم فى الاستئناف ، وذلك درءا لخطر التنفيذ على أمواله بمقتضى حكم ابتدائى مهدد بالالغاء •

وبالفعل اعترف المشرع للمحكوم عليه بعدد من الضمانات فى هذا الشأن ، فقد اعترف له بحق استئناف الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لخطأ فى وصفه أدى الى هذا النفاذ ، كما اعتــرف له ، بحق طلب وقف هذا النفاذ المعجل ، من المحكمة التى تنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم المشتمل عليه • كما نظم المشرع الكفالة التى أوجبها أو أجاز الحكم بها والتى يلتزم المحكوم له بتقديمها قبل البدء فى تنفيذ الحكم تنفيذا معجلا • وأخيرا قرر المشرع مسئولية المحكوم له عن النفاذ المعجل • وسنقتصر

---

(١٢٤) نقض ١٩٧٦/١/١٤ ص ٢٧ ، ص ٢١٣ ، نقض١٩٦٨/١/١١ ، ص ١٩ ، ص ٤٦ ، محمد محمود ابراهيم ، أصول التنفيذ الجبرى ــ الفكر العربى ١٩٨٣ ، ص ١٨٥ ، رمزى سيف ، ص ٤١ .

فى هذا المقام على الحديث عن الكفالة فى النفاذ المعجل والمسئولية عنه ، مرجئين الحديث عن وقف القوة التنفيذية المعجلة أو الغائها للفرع الرابع من هذا المطلب .

١ — الكفالة فى النفــاذ المعجل

٧٤ — المقصود بالكفالة :

رأينــا أن المشرع قد اختلق نظام الكفالة ، للموازنة بين مصلحة المحكوم له فى حماية سريعة لحقه ؛ وبين مصلحة المدين (المحكوم عليه) التى تقتضى حمايته بدرء مخاطر التنفيذ عليه ، بمقتضى حكم قد يلغى بالطعن فيه بالاستئناف ، واستلزم المشرع — فى حالات معينة — ضرورة تقديم الكفالة من المحكوم له ، قبل قيامه بتنفيذ الحكم تنفيذا معجلا ، الى الحد الذى جعل من تقديمها شرطا أو مفترضا لمباشرة هذا النفاذ المعجل ، وأعطى المشرع للمحكمة فى حالات النفاذ القضائى سلطة الأمر بتقديم كفالة من المحكوم له ؛ عند الأمر بالنفاذ المعجل .

والكفالة هنا . ليست هى الكفالة المعروفة فى فقه القانون المدنى . والتى تعــرف كتأمين شخصى بناء على عقــد(١٢٥) وانما الكفالة فى فقه المرافعات ، هى ما يقدمه طالب التنفيذ — بالطرق المحددة قانونا — من ضمانات تكفل جبر الأضرار الناجمة عن التنفيذ المعجل للمحكوم عليه ، اذا ما ألغى الحكم المنفذ بمقتضاه فى الاستئناف ، عند ارادة مباشرة الحق فى التنفيــذ المعجل . ويترتب على ذلك أن المحكوم له لا يلتــزم بتقديم الــكفالة اذا لم يستعجل هــذا الحق ، متريثا حتى صــيرورة الحكم انتهائيا(١٢٦) ؛ أى لا يلتزم بتقديم الكفالة — حال وجوبها — الا عنــد البدء فى تنفيذ الحكم تنفيذا معجلا .

---

(١٢٥) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٨٤ .

(١٢٦) ابو هيف ، التنفيــذ بند ١٣٩ ، محمد حامد فهمى : التنفيذ ، بند ٢١ ، فتحى والى بند ٣٧ . رمزى سيف ص ٣٩ . أبو الوفا : ص ٧١ بنــد ٣٢ .

٧٥ — وجوب الكفالة :

على أن الكفالة ليست واجبة دائما فى كل حالات النفاذ المعجل ، فلا يجب على المحكوم له تقديم الكفالة من تلقاء نفسه ، فهذا أمر غير وارد فى الحياة العملية ، وانما يجب أن يكون مأمورا بتقديمها اما من قبل المشرع مباشرة ، واما من قبل القاضى الذى أصدر الحكم النافذ نفاذا معجلا .

وعلى ذلك تجب الكفالة فى حالتين هما :

● **الأولى : وجوب الكفالة بنص القانون (الأحكام التجارية) :**
تدخل المشرع بنفسه ، بالنسبة للأحكام الموضوعية الصادرة فى المواد التجارية ، وشملها بالنفاذ المعجل بقوة القانون بشرط تقديم الكفالة .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات . فتقديم الكفالة هنا — كما رأينا — وجوبيا بمقتضى القانون دون حاجة الى الأمر بها من قبـــل المحكمة[١٢٧] ، وذلك اعمالا للسرعة المتطلبـــة فى الوفاء بالالتزامات الناشئة عن المعاملات التجارية ، وتأكيدا لفكرة الضمان ، أو التأمين التى تقوم عليها تلك المعاملات .

واذا كانت الكفالة واجبة بقوة القانون قبل تنفيذ الحكم الموضوعى الصادر فى مسألة تجارية ، فهل يجوز للمحكمة أن تعفى من تقديمها ؟

الاجماع منعقد بين الفقهاء على وجوب الكفالة وعدم الاعفاء منها اذا كان حكما تجاريا موضوعيا ، وصادرا فى غير الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ والخاصة بالنفاذ المعجل القضائى .

---

(١٢٧) اما اذا كان الحكم صادرا فى مادة تجارية ، من قاضى الأمور المستعجلة ، فتكون الكفالة فيه غير واجبة كاصل عام الا اذا اشترط القاضى تقديمها وفقا للمادة ٢٨٨ . عكس ذلك عبد الخالق عمر — مبادىء ص ٢٤٥ الذى يرى وجوب الكفالة بالنسبة للحكم التجارى المستعجل . وانظـــر نقض مدنى ١٩٧٩/٥/٧ ، س ٣٠ ، ص ٢٩٢ ، والذى انتهت فيه الى أن تنفيذ الحكم دون تقديم الكفالة من شأنه أن يبطل هذا التنفيذ .

الا أن الخلاف قد نشب بين الفقهـاء ، حول جواز أو عدم جواز الإعفاء من الكفالة ، لتنفيـذ حكم تجارى موضوعى صادر فى حالة من الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات ، كما لو صدر حكم تجارى مبنى على سند عرفى غير مجحود ، أو سند رسمى لم يطعن عليه بالتزوير ، أو تنفيذا لحكم آخر حائز لحجية الأمر المقضى •

ذهب[١٢٨] رأى الى اعطاء المحكمة حق اعفاء المحكوم له من واجب الكفالة ، فى مادة تجارية ، إذا كان صادرا فى حالة من الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات • وسندهم فى ذلك ، أن القانون انما يخول المحكمة فى هـذه الحالات ، سلطة تقديرية ، للأمر بالنفـاذ المعجل بكفالة أو بدونها ، ويرون أن الحكمة التشريعية للنصوص تؤيد ما ذهبوا اليه ، اذ تجب الكفالة — فى رأيهم — بقوة القانون فى المواد التجـارية ، لموازنة النفاذ المعجل الحاصـل بقوة القانون ، بصرف النظر عن قوة سند الحق ، ولمواجهة احتمال الغاء الحكم فى الاستئناف أما حيث تتوافر حالة من حالات قوة سند الحق ، مما يرجح احتمال تأييد الحكم فى الاستئناف . فان حكمة الكفالة تنتفى ، ومن ناحية أخرى اذا توافـرت حالة الاستعجال الواردة فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩٠ ، فيجوز للمحكمة الاعفـاء من الكفالة فى هذه الحالة ، اذ فى تقـديمها — كما يرون — والمنازعة فيها ما يعطل التنفيذ ، وما يؤدى الى تفويت الغرض من النفاذ المعجل الذى قدرته المحكمة •

نقد هذا الرأى :

ولكن هذا الرأى — فى نظرنا — محل نظر من عدة وجوه :

— فهو أولا يهدر قيمة النص التشريعى الوارد فى المـادة ٢٨٩ والتى تقضى بشمول الحكم الصادر فى المسائل التجارية بشرط تقديـم

---

(١٢٨) رمزى سيف — المرجع السابق ، بند ٤٣ ص ٤٤ . فتحى والى — المرجع السابق ص ٧٩ بند ٣٧ ، ويرى ان المحكمة لاتحكم بالاعفاء الا بناء على طلب المدعى . وجدى راغب ، ص ٨٦ .

الكفالة • فكيف يتسنى الاعفاء منها بحكم القضاء مع وجوبها قانونا ؟ •

— وهو من ناحية ثانية أقام تفرقة ، لا سند لها من القانون ، بين الأحكام التجارية المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون وتكون الكفالة فيها واجبة بقوة القانون أيضا ، ولو لم تكن مبنية على أساس قوى وبين الأحكام التجارية التى تصدر فى الحالات المبينة فى المادة ٢٩٠ والمبنية على حالة الاستعجال أو متانة الأساس القانونى ، وفيها تكون الكفالة جوازية ، ومن الممكن الاعفاء منها ، فمثل هذه التفرقة لم تثر فى ذهن المشرع بالنسبة للأحكام الصادرة فى المواد التجارية،والتى نظمها فى مادة مستقلة ، وشملها بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، تحقيقا منه لعامل السرعة الذى تقوم عليه المعاملات التجارية ، وأوجب تقديم الكفالة ، استجابة منه لأهمية الضمان فى المواد التجارية • ويظهر ذلك جليا واضحا فى تقرير لجنة الشئوون التشريعية بمجلس الأمة والخاص بمشروع قانون المرافعات والذى ورد فيه أن : « اللجنة قد رأت العدول عما يقضى بــه المشروع من جعل الكفالة فى المواد التجــارية جوزية ، وجعلتها واجبة بقوة القانون ، كما يقضى القانون القائم ، وذلك نظرا لأهمية الضمان فى المواد التجارية (١٢٩) •

— النفاذ المعجل ، بنوعيه ، الحتمى والجوازى ، وبكل حالاته ، يعتبر — كما رأينا — صورة من صور الحماية الوقتية للحق أو المركز القانونى ، وهــذه الحماية لا تمنــح الا اذا توافــرت شروطها وهى الاستعجال (الخطر من التأخير) ورجحان وجود الحق • ويترتب على ذلك أن القاضى لا يأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، الا اذا تحقق — بتقديره — من توافر شروط الحماية الوقتية • هذا القول يكون صحيحا

---

(١٢٩) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة الخاص بمشروع القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والمنشور مع نصوص القانون طبعة المكتب الفنى بمحكمة النقض ، ١٩٦٩ ، ص٢٣٣ •

اذا لم يوجد نص تشريعى يقضى بغير ذلك • فاذا تدخل المشرع واعترف بالنفاذ المعجل لأحكام معينة ، مفترضا توافر شروط الحماية الوقتية فيها فيجب اعمال هذا النص ، ولا يكون مثارا للمناقشة مسألة توافر أو عدم توافر شروط الحماية الوقتية ، ويجب اعمال النص بكل ما يقضى به • فالمشرع قد نص على شمول الأحكام التجارية بالنفاذ المعجل بشرط تقديم الكفالة ، تأكيدا لأهمية الضمان ، فلا يقبل تدخل القاضى بعد ذلك ويعفى من تقديمها اذا ما كان الحكم مبنيا على سند قوى ، أو كان يخشى من تاخير التنفيذ حصــول ضرر جسيم للمحكوم له ، اذ أن القاضى لا يملك رفض النفــاذ المعجل فى حكم تجارى ، ولو قدر أن ضررا ما لن يحدث للمحكوم له من تأخير التنفيذ ، أو قدر أن السند الذى يحكم على أساسه غير قوى • فالقاعدة الأصولية أنه لا اجتهاد مع صراحة النص •

رأينا الخــاص :

لكل ما تقدم ، فاننا نأخذ بالرأى الآخر ، القائل بأن الكفالة بالنسبة للنفاذ المعجل الثابت للأحكام الموضوعية التجارية (١٣٠) ، واجبة بقــوة القانون ، ولا يجوز الاعفاء من تقديمها ، اعمالا لارادة المشرع فى هــذا الخصوص ، فأعمال القول خير من اهماله • فكما أن النفاذ المعجل واجب لهذه الأحكام بقوة القانون ، فان الكفالة أيضا تكون واجبة فيها بقوة القانون كذلك وتعتبر مفترضا قانونيا لتنفيذها •

وفى اعتقادنا ، أنه لسنا بحاجة الى تطبيق نص المــادة ٢٩٠ من قانون المرافعات ، المقررة لسلطة المحكمة فى منح أو منع النفاذ المعجــل للاحكام الابتدائية — بكفالة أو بغير كفالة — على المواد التجارية التى

---

(١٣٠) د. عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، ص ٨٤ ، ٨٥ ، د. عبــد الخالق عمر — مبــادىء ، ص ٢٤٥ . ولــكنه يجعل الــكفالة واجبة بقوة القانون فى جميع الأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، موضوعية كانت أو مستعجلة .

أفرد المشرع لها نصا خاصا بها وهو نص المـادة ٢٨٩ . ويمكننا القول : بأن المشرع قد اجتزأ من سلطة القضاء — فى خصوص النفاذ المعجل — الأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، وشملها بالنفاذ المعجل بقوة القانون مع تقديم الكفالة ، وترك له الأحكام الصادرة فى المواد الأخرى (المدنية ومسائل الأحوال الشخصية) وهى التى تخضـــع لحكم المادة ٢٩٠ ، والتى تعطى القــاضى سلطة شمولها بالنفاذ المعجل أو عــدم شمولها ، بكفالة أو بدونهـــا . وبعبارة أخرى ، نرى أن المـــادة ٢٩٠ انما تحكم فقط النفاذ المعجل فى غـــير المسائل التجارية ، والأصـــل فيها جواز شمولها بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها ، أو عدم جواز ذلك ، ولا يخرج من عمومهـــا الا النصوص الخاصـــة بالأحكام المستعجلة (م ٢٨٨) والأحكام التجارية ، التى أخضعها المشرع للنفاذ المعجل الوجوبى بقوة القانون ، مع تقديم الكفالة فى المواد التجارية ، وبدون كفالة بالنســبة للأحكام المستعجلة الا اذا اشترطتها المحكمة (٢٨٨) .

فنص المـــادة ٢٨٩ ؛ انمـــا يعتبر نصا خاصـــا بالنسبة للمـــواد التجارية ، أيا كان ســـند الحكم ، قويا كان أو ضعيفـــا ، هناك ضرر جسيم من التأخير فى التنفيذ ، أو لم يكن هناك . فالمشرع قدر أن هناك خطر من التأخير فى المعاملات التجارية ، ولذلك شملها بالنفاذ المعجل ، مع الكفالة تحقيقا لفكرة الضمان . وهذا النص الخاص انما يقيد النص العام الوارد فى المـــادة ٢٩٠ ولو كان سابقا عليه أو لاحقا له .

ولا يقبل بعد ذلك — فى سبيل تقرير الاعفاء من الكفالة فى المواد التجارية — القول بأن اجراءات تقـــديم الكفالة والمنازعة فيهـــا تعطل التنفيذ وتؤدى الى تفـــويت الغرض من النفاذ المعجـــل كما قال بذلك البعض [١٣١] . اذ على فرض صحة ذلك ، فانه يجب الاعفاء من الكفالة

---

(١٣١) وجدى راغب فهمى — المرجع السابق ص ٨٦ ، ٨٩ .

فى جميع الأحوال ، ويجب على القاضى عدم الحكم بها فى أية حالة ، حتى لا تعصف اجراءاتها — اذا قضى بها — والمنازعة فيها بالغرض من النفاذ المعجل ، وما كان يجب على المشرع أن ينص على الكفالة — وجوبا أو جوازا — ولم يكن بحاجة الى تنظيم اجراءاتها ، إذا كان حريصا على نظام النفاذ المعجل ، ولكن ما هو حاصل أن المشرع قد نظم الكفالة ، وأوجب تقديمها فى حالات ، وأجاز للمحكمة أن تقضي بها فى حالات أخرى . لا نظن أن المشرع لم يكن واضحا فى اعتباره أن الكفالة قد تعرقل التنفيذ ، أو تفوت الغرض من النفاذ المعجل . فضلا عن أن المشرع حرصا منه على تحقيق فاعلية النفاذ المعجل ومع حماية المحكوم عليه ، قد نظم الكفالة بطريقة تنتقضى معها شبهة عرقلة التنفيذ .

— فقد ألزم المحكوم له باعلان خياره الى المحكوم عليه ، بورقة مستقلة أو ضمن اعلان السند التنفيذي ، ولا شك أن المحكوم له هو صاحب المصلحة الأولى فى سرعة وصول الاعلان صحيحا الى المعلن اليه .

— أوجب على المحكوم عليه — ان أراد المنازعة فى الكفالة — أن يتقدم بها خلال موعد قصير ، ثلاثة أيام تالية على الاعلان ، بورقة تكليف بالحضور ، والتى يجب اعلانها الى المحكوم له فى خلال هذا الموعد .

— اعتبر المشرع الحكم الذى يصدر فى دعوى المنازعة فى الكفالة ، حكما نهائيا ، لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من الطرق .

الثانية : وجوب الكفالة بحكم المحكمة :

يخول المشرع القضاء سلطة الأمر — فى أحكامه التى يشملها بالنفاذ المعجل أو الأحكام المستعجلة المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون — باشتراط تقديم الكفالة . وهنا تستمد الكفالة وجوبها من حكم المحكمة ، وليس من نص القانون . واذا نصت المحكمة على ضرورة

تقديم الكفالة ، فانه لا يجوز التنفيذ المعجل الا بعد تقديمها • وتحكم المحكمة بالكفالة في الحالات المنصوص عليها في المادتين ٢٨٨ ، ٢٩٠ ولو من تلقاء نفسها وبدون حاجة لطلبها من الخصم المحكوم عليه ، وعلة ذلك أن النفاذ المعجل الجوازي لا تحكم به المحكمة الا بناء على طلب مقدم من المدعى والذي يطلب شمول الأمر أو الحكم بالنفاذ المعجل ، بغير كفالة بطبيعة الحال ، ولو لم يقل ذلك صراحة ، فان أجابته المحكمة الى بعض طلبه وهو النفاذ المعجل ، ورفضت البعض الآخر وهو تقديم كفالة ، فليس في ذلك خروج على سلطة المحكمة ، ولا يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصوم [١٣٢] •

٨٦ — طرق تقديم الكفالة :

حدد المشرع في المادة ٢٦٣ طرق تقديم الكفالة ، وهو بذلك لم يشأ أن يترك للمحكوم له ولا للمحكمة [١٣٣] سلطة تحديد الضمان الذي يقدم عند النفاذ المعجل • وقد حدد المشرع ثلاثة طرق ، يختار من بينها المحكوم له احداها ، لتقديمها ان كانت واجبة وهي :

— ايداع خزانة المحكمة من النقود والأوراق المالية ما يكفي لتغطية قيمة الحكم المطلوب تنفيذه •

---

(١٣٢) فتحي والي — المرجع السابق ص ٨٠ بند ٣٨ — وجدي راغب ص ٨٥ • عبد الخالق عمر ، ص ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وقارن أمينة النمر ص ١٩٠ والتي ترى أنه بالنسبة للأمر بتقديم الكفالة بالنسبة للأحكام القضائية والأوامر الولائية ، يلزم طلبه من المحكوم عليه •

(١٣٣) وكان الأجدر بالمشرع أن يترك للمحكمة تقرير طريقة تقديم الكفالة ، على نحو ما فعله عندما اعترف لها بهذه السلطة عند الحكم بوقف تنفيذ الأحكام ، تفاديا لحصول منازعة حول الكفالة المحدد طرقها والتي يختار من بينها الملزم بالكفالة احداها ، وما يترتب على ذلك من تأخير التنفيذ (انظر وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص ٨٩) •

— أن يقبـل المحكوم له ايداع ما يتحصل من التنفيـذ خزانة المحكمة ، أو تسليـم الشىء المأمور بتسليمـه فى الحكم أو الأمر الى الحارس مقتدر .

— أن يقدم كفيلا مقتدرا[١٣٤] ، يؤخذ عليه تعهد فى قلم الكتاب بما يفيد قبوله الكفالة .

٨٧ — اجراءات تقديم الكفالة والمنازعة فيها :

تقدم الكفالة — فى حالة وجوبها — عند ارادة القيـام بالتنفيذ المعجل ، فهى مفترض لحصوله ، ولكن اذا آثر المحكوم له الانتظار حتى صـيرورة الحكم انتهائيا ، فلا يلزم تقديم الكفالة عنـد تنفيذه تنفيذا عاديا . وتبدأ اجراءات تقديم الكفالة بقيام المحكوم له باعلان الطـريق الذى اختـاره لتقديم الكفالة ، الى خصمه ، اما بورقة رسمية على يد محضر ، واما ضمن اعلان السند التنفيذى ، أو ورقة التكليف بالوفاء . ويجب أن يتضمن الاعلان تعيين موطنا مختارا للمحكوم له ، حتى تعلن اليه فيه الأوراق المتعلقة بالمنازعة فى الكفالة عند اثارتها (م ٣٩٤) .

وأجاز المشرع ، للمحكوم عليه أن ينازع فى اقتدار الكفيل ، أو الحـارس ، أو فى كفاية ما يودع من مبـالغ وأوراق ماليـة . وترفع المنازعة بورقة تكليف بالحضور ، يجب اعلانها الى المحكوم له ، خلال الموعد المحدد للمنـازعة فى الكفالة ، وهو الثلاثة أيـام التالية للاعلان بالخيـار .

---

(١٣٤) كان هذا الطريق منصوصا عليه فى القانون الملغى ، ثم حذفه فى القانون الجديد ، ثم عدل المشرع عن ذلك واضافه مرة ثانية الى المـادة ٢٩٣ بمقتضى القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ .

ولا يجوز من ثم البدء فى التنفيذ الا بعد فوات ميعاد المنازعة اذا لم تقدم منازعة ، أو صدور الحكم فيها بعد حصولها [١٣٥] .

ويختص بالفصل فى المنازعة فى الكفالة ، قاضى التنفيذ باعتبارها منازعة متعلقة بالتنفيذ . ويصدر الحكم فيها نهائيا لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام (٢٩٥) .

ويتم تقديم الكفالة — بعد فوات ميعاد المنازعة أو بعد رفضها ان رفعت ، بالايداع الفعلى للنقود أو الأوراق المالية الكافية ، خزانة المحكمة ، أو عن طريق تحرير محضر فى قلم كتاب المحكمة يتعهد فيه الكفيل المقدم أو الحارس المعين ، بقبول الكفالة أو الحراسة . ويعتبر المحضر المثبت لتعهد الكفيل سندا تنفيذيا للتنفيذ بمقتضاه فى مواجهته بالالتزامات المترتبة على تعهده (م ٢/٢٩٥) .

٢ — مسئولية المنفذ تنفيذا معجلا :

٨٨ — رأينا أن النفاذ المعجل لا يعدو أن يكون تنفيذا وقتيا ، ويعد لذلك صورة من صور الحماية الوقتية فى مجال التنفيذ ، وأن مصيره يتوقف على مصير الحكم ذاته ، يبقى ويتأكد ببقائه وتأييده ، ويزول بزواله وبالغائه . واذا زال الحكم ذاته ، زال النفاذ المعجل ، ووجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ المعجل . ولكن هل يلتزم

---

(١٣٥) على انه اذا كان خيار الملتزم بالكفالة يتمثل فى قبوله ايداع ما يحصل عليه من التنفيذ خزانة المحكمة ، فلا يكون هنا مجالا للمنازعة ، ولا محلا لوقف التنفيذ ، فهو « يعد افضل السبل واكثرها ضمانا للمحكوم ضده ، فضلا عن انه افضل للمحكوم له اذ بدلا من أن يتكبد مشقة ايداع مبلغ نقدى خزانة المحكمة يقتطعه سلفا من امواله ويحرم نفسه منه على اثر التنفيذ والحصول على مبلغ يعادله ، فلا يتحمل بشىء عندما يقبل ايداع ما يتحصل فعلا من التنفيذ خزانة المحكمة » عبد الباسط جميعى — محمود

المحكوم له بتعويض المحكوم عليـه عن الأضرار التى نجمت عن تنفيذ الحكم تنفيذا معجلا اذا ألغى الحكم فى الاستئناف ؟

الأمر محل خلاف فقهى ، ويمكن تصنيف هذا الخلاف فى اتجاهين همـا :

الأول : عدم مسئولية المنفذ عن تعويض الأضرار التى تصـيب المنفذ ضـده :

يذهب رأى فقهى الى عدم مسئولية المنفذ عن الأضرار التى أصابت المنفذ ضده من جراء التنفيذ المعجل ، ذلك لأن المنفذ انما يقوم بالتنفيذ المعجل ، استعمالا منه لحقه المقرر بنص القانون أو بحكم المحكمة . وبالتالى لا يكون مخطئا اذا استعمل حقه هذا ، ولا مسئولية الا حيث يتوافر الخطأ ، وفشل الخصم فى التقاضى أو التنفيذ لا يعتبر فى ذاته خطأ موجبا للمسئولية ، الا اذا كان قد اساء استعمال حقه [١٣٦] .

وتأكيدا لهذا الرأى ، يقول أنصـاره : بأنـه اذا قيل بمسئولية المنفذ عن التنفيذ المعجل ، لوجب القول بمسئولية المنفذ عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى أيضا اذا ألغى من محاكم الطعن غير العادية ، وهذا لم يقل به أحد [١٣٧] .

وينتهى أنصار هذا الرأى الى القول بأن « المحكوم له بحكم مشمول بالنفاذ المعجـل هو صاحب حق ظاهر يحميـه المشرع ويمنحه رعاية خاصة ، فيبيح له اقتضاءه قبل أن يستقر نهائيا ، واذن يجب أن يـكون

---

(١٣٦) احمد ابو الوفا — المرافعات ، بند ٩٧ ص ١١٧ ، التنفيذ بند ٢٥ ، ص ٦٠ — ٦٣ والأحكام التى اشار اليها فى ص ١١٧ فى كتاب المرافعات رمزى سيف — التنفيذ بند ٥٨ — ٦٠ .

(١٣٧) نقض ١٩٤٣/٤/١٥ ، مجموعة القـواعد القانونية ، ج ٤ ، ص ١٣٦ وانظر رمزى سيف ، بند ٧١ .

شأنه شأن أى صاحب حق ظاهر يحميه القانون فلا يسأل اذا باشر هذا الحق،ولن كان المحكوم له بالحكم المشمول بالنفاذ المعجل لايعتبر مخطئا الا أنه يســـأل عن فوائد المبالغ التى قبضها من تاريخ مطالبتـــه بها قضائيا •

وهذه قاعدة يعمل بها سواء كان تنفيذ الحكم كان معجلا أو تنفيذا عاديا وذلك عمـــلا بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، كما يلتزم برد ريع أو ثمار العين التى تسلمها من يوم قبضها الى يوم ردها •

الخلاصة أن المنفذ — شأنه شأن المدعى — لا يسأل عن استعمال حقه الظاهر المشروع فى التنفيذ بمقتضى الحكم المشمول بالنفاذ المعجل الا اذا كان سىء النية ، كما لو نفذ عمدا على أموال شخص غير ملتزم بالدين ، أو طرد مستأجر من العين المؤجرة بحجة عدم سداد الأجرة التى ثبت انتظامه فى سدادها [١٣٨] •

الثانى : مسئولية المنفذ عن الأضرار التى أصابت المنفذ ضده :

اتجه الرأى الغالب فى الفقه المقارن [١٣٩] الى تقرير مســـئولية المنفذ بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، عن تعويض الأضرار التى تلحـــق بالمنفذ ضده من هذا التنفيذ ، اذا تم الغاء الحكم المنفذ بمقتضاه ، على اعتبار أن التنفيـــذ المعجل ، اجـــراء يقوم باتخاذه المحـــكوم له على مسئوليته à ses risques et Parils • وتتحقق مسئولية المنفذ عن هذه الأضرار ولو لم يرتكب ثمة خطأ ، وحتى لو كان حسن النية •

---

(١٣٨) ابو الوفـــا ، اجـــراءات التنفيـــذ ، ص ٦١ ، ٦٣ • ونقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، س ٢١ ص ٦١١ ، ١٩٦٩/١١/٢٧ ، س ٢٠ ص ١٢٤٢ •

(١٣٨) أبو الوفا ، المرجع السابق ص ٦٣ ، ونقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، س ٢١ ص ٦١١ ١٩٦٩/١١/٢٧ ، س ٢٠ ص ١٢٤٢ •

(١٣٩) فتحى والى ، بند ٤٣ ، ص ٨٧ — ٨٩ ، وجدى راغب ، ص ٧٤ ، محمد حامد فهمى ، بند ٥٢ ، محمد عبـــد الخالق عمر ، بند ٣٢٧ • كارنيـــلوتى — نظام ج ١ ، بند ١٧٥ ، كيوفنـــدا ، نظم ج ١ ، بند ٨١ ، ردنتى ج ٢ ، بند ١٢٩ ، موريل ، بند ٦١١ •

وقد استقر قضاء النقض على أن « تنفيذ الأحكام والقـرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يجـرى على مسئولية طالب التنفيـذ لأن اباحة تنفيذها قبـل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصـة للمحكوم له ان شاء انتفع بها وان شـاء تربص حتى يجـوز الحكم أو القـرار قوة الشيء المحكوم فيه ، فاذا اختار استعمال هذه الرخصة وأقدم على تنفيذه ـ فانه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ ، فاذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ به بناء على الطعن وجب على طالب التنفيذ .. أن يرد الى خصمه ما يكون قد استوفاه منه ، وأن يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذى لحق هذا الخصم من جراء ذلك التنفيذ ، وتبعا لذلك يرد اليه الثمار التى حرم منها[١٤٠] .

كما استقرت محكمة النقض على أن طالب التنفيذ يسأل عن تنفيذ أحكام القضاء المستعجل عند الحصول على قضاء الموضوع بأن الحـق لم يكن فى جانب طالب التنفيذ ، كما يسأل فى حالة ما اذا كان الحـكم المستعجل الذى نفذ بمقتضاه قد ألغى فى الاستئناف [١٤١] .

الرأى الراجح :

واذا كان الرأى الأخير قد كتب له الغلبة من جانب الفقه والقضاء فان ذلك لم يشفع له فى أن نكون من مؤيديه . ذلك لأن القانون قد نظم الحماية الوقتية ، واعتـرف للأفراد بحق الحصـول عليها ان توافرت

---

(١٤٠) نقض ١٩٦٩/٣/٢٧ س ٢٠ ، ص ٥٠٨ ، ١٩٨٠/١/٨ طعن ٥٩٧ لسنـة ٤٤ ق ، ١٩٨٠/١/٥ فى الطعن ٥٩٣ لسنـة ٤٣ ق نقض ١٩٧٧/١/٢٧ فى الطعن ٧٥٨ لسنة ٤٠ ق ، ١٩٦٧/٥/٢٣ ، س ١٨ ، ص ١٠٨٤ .

(١٤١) نقض ١٩٦٧/٥/٢٣ ، س ١٨ ، ص ١٠٨٤ .

مقتضياتها وشرائطها . وإذا استعمل الأفراد حقهم هذا فى الحصول عليها ، سواء كانت فى جانب التقاضى أو فى جانب التنفيذ ، فانهم يكونوا قد باشروا حقا اعترف به لهم المشرع ، ومن ثم لا يسألون على استعماله ولو نتج عن ذلك ضرر أو أضرار بالخصم الأخر ، الا اذا كانت هناك اساءة فى استعماله بالضوابط المحددة فى القانون المدنى ، فلا يكون هناك معنى لتنظيم الحماية القضائية الوقتية بوسائلها ، وتهديد الأفراد فى استخدامها عن طريق مساءلتهم عن الأضرار التى يسببها هذا الاستخدام مع انتفاء الخطأ وسوء النية من جانب مستخدم هذه الحماية .

الفرع الثالث

وقف القوة التنفيذية المعجلة

٨٩ : النص القانونى :

اذا كان المشرع قد اعترف للمحكوم عليه ، بحكم انتهائى ، بالحق فى طلب وقف قوته التنفيذية ، من المحكمة المطعون أمامها فى الحكم (النقض أو التماس اعادة النظر) فمن باب أولى ، أن يعترف للخصم المحكوم عليه ، بحكم ابتدائى ، مشمول بالنفاذ الوقتى ، بالحق فى طلب وقف تنفيذه من حكمة الاستئناف . وفى ذلك تنص المادة ٢٩٢ من قانون المرافعات على أنه « يجوز فى جميع الأحوال للمحكمة المرفوع أمامها الاستئناف أو التظلم أن تأمر بناء على طلب ذى الشأن بوقف النفاذ المعجل اذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ ، وكانت أسباب الطعن فى الحكم أو الأمر يرجح معها الغاؤها » .

« ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلا بصيانه حق المحكوم له » .

يتضح من النص المتقدم ، أن المشرع قد أعطى محكمة الاستئناف سلطة وقف النفاذ المعجل في جميع الأحــوال ، حتى ولو كان ثابتا بنص القانون ، وذلك بناء على طلب مقدم من المحكوم عليه •

ولم يكتف المشرع ــ بما اعترف به للمحكوم عليه بالحق في اثارة منازعات وقتية ، في التنفيذ من شأن تقديمها ، وقف اجــراءات التنفيذ بقوة القانون ، واعترف له كذلك ، بالحق في طلب وقف التنفيذ من محكمة الاستئناف ، اذا توافرت شروط معينة ، نص عليها المشرع •

٩٠ ــ شروط وقف النفاذ المعجل :

يشترط لوقف التنفيذ في الاستئناف الشروط التالية :

١ ــ طلب وقف النفاذ المعجل :

وهذا الشرط تقتضيه القواعد العامة ، فالقضاء لا يحكم في غــير طلب مقدم اليه بالطريق المرسوم • فلا يجوز لمحكمة الاستئناف بناء على اختصاصها بنظر الطعن ، أن تأمر بوقف التنفيذ دون أن يطلب منها ذلك• ويجب حتى يكون الطلب مقبولا ، أن يقدم من الخصم ذى المصلحة ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في أنــه لا يقبل أى طلب أو دفع لا يــكون لمقدمه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون (المادة ٣ مرافعات) • فلابد من تقديمه من المحكوم عليه بأداء قابل للتنفيذ الجبرى • ليس هذا فحسب • بل لابد حتى يكون طلب الوقف مقبولا أن يكون هناك طعنا على الحــكم قد رفع • اذ ان طلب الوقف ليس في ذاتــه طعنا على الحــكم من حيث قوته التنفيذية [١٤٢] وانما مجرد وسيلة قانونية ، أعطاها المشرع للمحكوم

---

(١٤٢) وجدى راغب : المرجع السابق ص ٩٧ ، عكس ذلك رمزى سيف ، المرجع الســابق ص ٣٧ بند ٣٤ ، احــكام محاكم الاستئنــاف الايطالية :

App. Brescia' 11 Luglio 1951. e T.Rossano' 6 Octobre 1950
T. L, Aquila 21 settembre 1950 in Donato Palazzo' Massimmario.
P. 18' 19' No. 33' 35' 37'

عليه ، للحصول على حماية القضاء الوقتية لحقه المحتمل الوجود ، نظرا لاحتمال الغاء الحكم ، ولا تباشر هذه الوسيلة على استقلال ، بل يجب أن تقدم مع الطعن فى الحكم بالاستئناف ، حتى تتمكن المحكمة من تقدير توافر شروط الحماية الوقتية من صحيفة الطعن . ولابد أن يكون الخصم مقدم الطلب ، طاعنا فى الحكم ، فلا يتصور أن يقدم طلب الوقف من غيره كالمطعون ضده مثلا ، ولكن لا يشترط أن يرد طلب وقف النفاذ ضمن بيانات صحيفة الطعن بالاستئناف ذاتها فقد يقدم الطلب باجراء مستقل معاصر أو لاحق على تقديم صحيفة الطعن بالاستئناف ، تطبيقا للقواعد العامة التى تحكم الطلبات العارضة[١٤٣] ويستتبع ذلك أن يكون الطعن بالاستئناف فى الحكم صحيح ، فان كان باطلا لسبب من الأسباب ، فلا تقضى المحكمة بوقف النفاذ المعجل[١٤٤] .

٢ — تقديم الطلب قبل تمام التنفيذ :

يشترط لقبول طلب وقف النفاذ أن يتم تقديمه قبل تمام التنفيذ ، فما تم لا يوقف ، فاذا كان قد بدىء فى اجراءات التنفيذ ثم قدم طلب الوقف بعد ذلك ، فان أثره لا ينصب الا على تلك الاجراءات اللاحقة على تقديم طلب الوقف . ونكتفى بهذا القدر بخصوص هذا الشرط ، ونحيل

---

(١٤٣) حتى ولو كان بعد فوات ميعاد الاستئناف ، فتحى والى ، بند ٤١ ، ص ٨٤ /٨٥ ، وجدى راغب النظرية ، ص ٩٩ ، محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ص ٢٦٨ بند ٢٧١ — وراجع استئناف القاهرة ١٩٦١/٣/٢٨ . المحاماة س ٤٢ ص ٧١٦ ، عكس ذلك رمزى سيف — الاشارة السابقة . حكم :

T. Roma' 12 Setembre 1950' ivi. 34 P. 19.

(١٤٤) انظر وجدى راغب . ص ٩٨ . واستئناف القاهرة ١٩٥٩/٦/٢٩ المجموعة الرسمية ٥٩ ص ٢٦ .

القارئ الى ما سبق أن ذكرناه بمناسبة وقف تنفيذ الأحكام النهائية من محكمة النقض أو التماس اعادة النظر .

٣ — وقوع ضرر جسيم :

يشترط للحكم بوقف التنفيذ ، أن تتبين المحكمة ، وجود ضرر جسيم لم يلحق المحكوم عليه ؛ من الاستمرار فى التنفيذ المعجل للحكم . وهذا الشرط هو ما يعبر عنه بشرط الاستعجال المتطلب لمنح الحماية الوقتية لطالبها وهو المنفذ ضده . ويلاحظ هنا أن المشرع لم يشترط فى الضرر المجيز لوقف النفاذ المعجل ، أن يكون متعذر التدارك ، كما نص صراحة على ذلك بالنسبة لوقف التنفيذ العادى للأحكام من محاكم الطعن غير العادية . وهذا ولا شك يعد مسلكا محمودا من المشرع ، لأنه لم يتشدد بالنسبة لوقف القوة التنفيذية المعجلة ، واكتفى بكون الضرر جسيما ولو لم يكن متعذر التدارك ، لأن التنفيذ هنا هو تنفيذ حاصل قبل الآوان الطبيعى له ، أما وقف تنفيذ الحكم الانتهائى ، فلا يحكم به الا اذا كان الضرر متعذر التدارك لأن الحكم قد أصبح حكما انتهائيا حائزا لقوة الأمر المقضى .

والضرر الجسيم . هو كما رأينا الضرر الاستثنائى الذى يتجاوز ما ينبغى أن يتحمله المدين عادة بسبب التنفيذ ، وهو ما يعنى فوات مصلحة معينة للطاعن [١٤٥] . وعلى كل فمسألة تقدير جسامة الضرر انما هى مسألة تخضع لتقدير محكمة الاستئناف موازنة ولا شك بين الضرر الذى يلحق بالمحكوم له اذا ما تم وقف التنفيذ ، مدخلة فى اعتبارها الظروف الشخصية والموضوعية الملابسة [١٤٦] وبين الأضرار التى تلحق

---

(١٤٥) الدكتور وجدى راغب — المرجع السابق ص ١٠١ .

(١٤٦) Giudiceandrea' b le impognazioni civili Milano 1952. II P. 303 No. 284.

بالمحكوم عليه إذا تم الاستمرار فى التنفيذ • والمفروض أن الضرر الجسيم مما يلحق بالمحكوم عليه ، أما اذا كان من شأن تنفيذ الحكم أن يلحق ضررا جسيما بشخص آخر أو حتى بالمصلحة العامة ، فان طلب الوقف لا يقبل من المحكوم عليه لانعدام مصلحته ، ما لم يكن ثمة ضرر يمسه هو من جراء ذلك [١٤٧] •

٤ — احتمال الغاء الحكم :

رأينا أن الحكم الذى يصدر فى طلب الوقف ، يعتبر — نظرا لكونه طلبا وقتيا — حكما وقتيا ، مانحا للحماية القضائية للمحكوم عليه (الطاعن) ، والأصل العام أن هذه الحماية لا تمنح الا بتوافر شرطيها الاستعجال وهو ما يتمثل فى الضرر الجسيم ، واحتمال وجود الحق المراد حمايته وقتيا ، وهو ما يتمثل فى احتمال الغاء الحكم فى الاستئناف ، وهذا الشرط الأخير قد عبر المشرع عنه صراحة فى المادة ٢٩٢ بقوله « اذا كانت أسباب الطعن فى الحكم يرجح معها الغاؤها » وان كان هذا النص يعتبر من قبيل التزيد من المشرع ، حيث أن هذا الشرط ، تقتضيه القواعد العامة كما رأينا فى الحماية الوقتية • ومع وجود هذا النص بتلك العبارات التشريعية ، فانه لا يعطى المحكمة الحق ، مع ذلك ، فى أن تتعمق فى فحص مستندات الطاعن ، وتبحث فى أسباب طعنه ، بحثا جديا مستفيضا ، حتى تفصل فى طلب الوقف ، وذلك لأنها تقضى فى طلب وقتى ، وهى فى هذه الحالة ممنوعة من الحكم فى أصل الحق ، ولا المساس به ، وانما كل ما لها فى هذا الخصوص هو النظر الى أسباب الطعن ، هكذا نظرة سطحية من ظاهر الأوراق ، تتبين رجحان وجود الحق المحتمل حمايته ، حتى تتمكن من الحكم فى طلب الوقف بالايجاب أو النفى [١٤٨] •

---

(١٤٧) عبد الباسط جميعى ، محمود هاشم ، المرجع السابق ص ١١٠ •

(١٤٨) انظر محمد عبد الخالق عمر ص ٢٦٨ — بند ٢٦٩ — وجدى راغب ص ١٠١ •

٩١ ــ اجراءات طلب الوقف والحكم فيه :

يرفع طلب الوقف ، اما بصحيفة مستقلة تعلن مع صحيفة الطعن بالاستئناف ، واما أن يطلب فى صحيفة الطعن نفسها ، واما أن يتم ابداؤه كطلب عارض فى أثناء خصومة الطعن وحتى اقفال باب المرافعة فيها ، ومتى قدم الطلب على هذا النحو ، تفصل فيه المحكمة ــ بعد المرافعة فيه ــ قبل الفصل فى موضوع الطعن • وتكون للمحكمة مطلق التقدير فى الأمر بوقف تنفيذ الحكم اذا توافرت الشروط المتقدمة أو أن ترفض الطلب كليا أو جزئيا [١٤٩] •

كما أن لمحكمة الاستئناف سلطة تقديرية فى أن تأمر بكفالة يقدمها طالب الوقف ان هى أمرت به بطبيعة الحال ، أو أن تأمر بما تراه كفيلا بصيانة حق المحكوم له ، ولها ألا تأمر بشىء من هذا القبيل ولو أمرت بوقف التنفيذ •

وغنى عن البيان أن ماتصدره محكمة الاستئناف فى هذا الخصوص، يعتبر حكما وقتيا لا يقيدها بعد ذلك عند الحكم فى موضوع الطعن ذاته [١٥٠] ، فتقضى المحكمة بالغاء الحكم المطعون فيه بالرغم من سبق صدور أمرها برفض وقف تنفيذه ، أو بتأييد الحكم المستأنف فيه بالرغم من الأمر بوقف تنفيذه • والحكم الصادر فى طلب الوقف باعتباره حكما وقتيا ، يقبل الطعن فيه استقلالا وفور صدوره تطبيقا للقواعد المقررة

---

(١٤٩) وجدى راغب ــ المرجع السابق ص ١٠٢ •

(١٥٠) فتحى والى ، ص ٨٧ بند ٤٢ ، عبد الخالق عمر ــ ص ٢٦٩ وجدى راغب ص ١٠٣ • نقض مدنى ١٩٧١/١/١٩ ــ مجموعة الأحكام س ٢٢ ، ١١ ــ ٥٢ • القاهرة الابتدائية ١٩٦٩/١٢/٢٠ ــ مدونة عبد المنعم حسنى ، القضية ٣٢٧ لسنة ١٩٦٩ • وهو باعتباره قضاء وقتيا ، فانه لا يحوز قوة الأمر المقضى ويكون للمحكمة العدول عن رأى ارتأته وقت الفصل فى الطلب (نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ فى الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤) •

للطعن فى الأحكام (م ٢١٢/٢ مرافعات) [١٥١] .

وأخيرا ليس هناك ما يمنع محكمة الاستئناف من الفصل فى موضوع الطعن مباشرة قبل أن تقضى فى طلب وقف النفاذ ، وعندئذ يصبح لا محل لبحثه ولا حاجة بها لاصدار حكم مستقل فيه ، كما أنه ليس من شأن ارجاء الفصل فيه أن يلحق البطلان حكمها[١٥٢] .

الفـرع الرابـع

المنـازعة فى وصـف الحـكم

٩٢ — تمهيـد :

قد تقع المحكمة فى خطأ قانونى فى وصف الحكم . ويكون من شأن هذا الوصف الخاطىء التأثير فى القوة التنفيذية له ، فيمنع تنفيذه ، أو يقضى بتنفيذه على خلاف ما تقضى به القواعد القانونية ، فكان من الطبيعى أن يوجد المشرع طريقا لرفع هذا الخطأ ، فاعترف المشرع ، بمقتضى المادة ٢٩١ مرافعات للخصم صاحب المصلحة فى الطعن فى الحكم بالاستئناف — ولو لم يكن قابلا له — لا لالغاء الحكم . وانما لالغاء الوصف الخاطىء الذى وصف به ، حتى تتحقق ارادة القانون .

---

(١٥١) فتحى والى — الاشارة السابقة ، وجدى راغب — الاشارة السابقة . عبد الخالق عمر ، ص ٢٦٩ . احمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ ، بند ٣٤ وهامش (٣) . عكس ذلك القاهرة الابتدائية ٤/٤/١٩٦١ المحاماة ٤٢ ص ٧١٨ . نقض ٤/٥/١٩٧١ المجموعة ، س ٢٢ — ٥٨٤ — ٥٨٨ وترى فيه أن الحكم الصادر برفض طلب وقف النفاذ المعجل دون قضاء فى موضوع النزاع يعتبر حكما صادرا قبل الفصل فى الموضوع لا يجوز الطعن فيه استقلالا بطريق النقض . وكذلك نقض ٤/٥/١٩٦٣ — المجموعة س ١٤ ص ٤٧٥ . وراجع د. وجدى راغب : مقال حول جواز الطعن المباشر فى الأحكام الصادرة فى طلبات وقف النفاذ المعجل — مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٧ — ١٩٧٥ ص ٢٤١ — ٢٩٠ .

(١٥٢) نقض مدنى ١٧/٤/١٩٧٦ ، س ٢٧ ، ص ٩٧٢ .

فينصب الاستئناف هنا على الوصف فحسب ، لا على موضوع الحكم وما قضى به . ولذلك ، يعرف هذا الاستئناف بالاستئناف الوصفى ، وان كان البعض يعرفه بالتظلم من وصف الحكم [١٥٣] ، وأيا ما كان الأمر فى هذه التسمية ، فان الاستئناف الوصفى ، انما ينصب على الوصف الخاطىء الذى من شأنه منع تنفيذ حكم جائز تنفيذه طبقا للقواعد العامة . أو منح القوة التنفيذية لحكم لا يعترف له بها القانون فور صدوره وذلك بقصد الغاء هذا الوصف ونعالج هذا الموضوع على النحو التالى :

٩٣ — حالات المنازعة من الوصف :

تنص المادة ٢٩١ من قانون المرافعات على أنه « يجوز التظلم أمام المحكمة الاستئنافية من وصف الحكم وذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى .. » وهى تقابل المادة ٤٧١ من قانون المرافعات القديم والتى كانت تنص على أنه « اذا وصف الحكم خطأ بأنه ابتدائى أو بأنه انتهائى أو رفضت المحكمة الأمر بالنفاذ مع وجوب الحكم به .. جاز لذى الشأن أن يتظلم من ذلك الى المحكمة الاستئنافية » .

يتضح مما تقدم أن المنازعة فى وصف الحكم ، لا تكون الا اذا كان هناك خطأ . وقعت فيه المحكمة ، بالنسبة لوصف حكمها . ولكن هل يقتصر التظلم من الوصف على مجرد وصف الحكم الخاطىء بأنه ابتدائى مع أنه فى حقيقته انتهائى ، أو أنه : انتهائى مع أنه فى حقيقته ابتدائى ؟ أم

---

(١٥٣) د. وجدى راغب فهمى — المرجع السابق ص ٩١ . د. رمزى سيف ص ٥٣ . فتحى والى ص ٨٩ . وتنص القانون فى المادة ٢٩١ مرافعات وان كانت هذه التسمية تثير اللبس ، ذلك لأن التظلم لا يكون الا بالنسبة للأوامر على العرائض ، أو أمر الأداء . ولا تطبق قواعد هذا التظلم على التظلم من وصف الحكم . كما أن استئناف الوصف يثير أيضا لبسا ، لأنه لا يطبق على هذا الاستئناف القواعد العامة المتعلقة بشأن الطعن بالاستئناف .

يتسع الخطأ ليشمل أيضا الخطأ فى النفاذ . أى كل خطأ يؤثر فى تنفيذ الحكم ؟ وبعبارة أخرى هل يشترط للتظلم من الوصف وجود خطأ قانونى، أو يكفى مجرد وجود خطأ فى تقدير المحكمة ؟! الأمر محل خلاف .

من الفقهاء من ذهب [١٥٤] الى جواز التظلم سواء كان الخطأ فى وصف الحكم يمثل خطأ قانونيا . أو خطأ فى تقدير المحكمة . والخطأ فى التقدير يكون متصورا بالنسبة لكل حالات النفاذ الجوازى . فلا يعقل أن يكون المشرع — بالنظر الى عموم عبارة وصف الحكم التى استخدمها — قد قصر التظلم على حالات الخطأ فى القانون .

ومنهم من ذهب [١٥٥] الى القول بجواز التظلم أيضا اذا أمرت المحكمة بالنفاذ المعجل فى غير الحالات التى لها أن تأمر فيها به ، ودون الاستناد الى الحالة العامة التى تنص عليها المادة ٢٩٠/٦ أو الاستناد اليها ولكن دون تسبيب تقديرها تسبيبا كافيا[١٥٦] .

ومن الفقهاء من ذهب[١٥٧] الى التفرقة بين حالات النفاذ

---

(١٥٤) عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ص ٢٥٠ . كيوفندا — مبادىء ص ٩٥٦ .

(١٥٥) فتحى والى — التنفيذ الجبرى . ١٩٧٥ . بند ٤٤ ص ٨٢ — ٨٣ .

(١٥٦) ويلاحظ أن هذا الراى يؤدى الى ان المحكمة اذا قضت بالنفاذ المعجل فى غير حالة من الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ فانها تكون قد اخطأت فى وصف الحكم مما يجيز التظلم منه ، وهذا صحيح . أما اذا قضت بالنفاذ المعجل طبقا للفقرة السادسة من تلك المادة ، فلا يجوز التظلم منه الا اذا كان هناك تصورا فى تسبيب جسامة الضرر . وهذا غير صحيح . فالقصور فى التسبيب وان كان يمثل خطأ قانونيا الا انه فى راينا لا يبيح التظلم من الوصف لانه طعن خاص ، وانما يطعن فى الحكم بطرق الطعن المقررة (انظر وجدى راغب — المرجع السابق ص ٩٢ هامش (٢) .

(١٥٧) احمد ابو الوفا — التعليق — الجزء الثانى ، ص ٦٥٢ ، امينه النمر — التنفيذ الجبرى ، ص ١٩٦ . فتحى والى التنفيذ ١٩٨٤ ص ٩١

الجوازى — بين الحالات الخمس الأولى المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ ، وهذه لا يجوز فيها التظلم من الحكم بسبب الخطأ فى تقدير النفاذ المعجل ؛ لأن هذه مسألة تقديرية بحتة للقاضى . وبين الحالة الأخيرة (السادسة) من المادة ٢٩٠ ؛ وهذه يجوز التظلم فيها بسبب الخطأ فى تقدير جسامة الضرر الذى ينتج عن التأخير فى التنفيذ .

الا أن الرأى الغالب [١٥٨] يتجه الى أن التظلم من وصف الحكم لا يكون الا فى الحالات التى يكون الخطأ فيها خطأ قانونيا أى تلك الحالات التى يرجع الخطأ فيها الى مخالفة القانون . وهذا الرأى هو الجدير بالتأييد . فليس من المتصور أن يعترف القانون للمحكمة بسلطة معينة فى أمر معين ، ثم ينسب اليها خطأ قانونيا فيما انتهت اليه فيه . فالقانون يعترف للمحكمة بصريح نص المادة ٢٩٠ مرافعات بسلطة تقديرية فى شمول أو عدم شمول الحكم أو الأمر الصادر فى حالة من الحالات الست المنصوص عليها بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها ، فلا يتصور أن تخطىء المحكمة بعد ذلك . اذ هى استعملت سلطتها فى منح أو رفض النفاذ المعجل . والسماح بالتظلم من شمول ، أو عدم شمول الحكم بالنفاذ المعجل باجراءات التظلم من الوصف [١٥٩] .

---

(١٥٨) رمزى سيف — المرجع السابق ص ٥٧ — ٥٨ . وجدى راغب — ص ٩٢ ، عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، المرجع السابق ص ٩٨ وما بعدها . ابو هيف — طرق التنفيذ ، بند ١٥٣ ص ١٠٢ . استئناف الاسكندرية ١٩٦٢/٣/٣١ — المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٩٦٢ .

(١٥٩) انظر رمزى سيف — الاشارة السابقة ، وجدى راغب ، الاشارة السابقة وهامش (١) ، والذى يرى عدم التظلم فى الحالات التى يصدر فيها القاضى أمره بالنفاذ المعجل او عدم الأمر به — بكفالة او بدونها — فى اى حالة من الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ ولو شاب الأمر او الحكم قصور فى التسبيب . لأن التظلم من الوصف طريق خاص واستثنائى للطعن فى الحكم بسبب مخالفته للقانون بالنسبة للوصف ، وهو ليس طريقا =

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تحديد حالات التظلم من الوصف فى الآتى :

٩٤ — أولا : حالات يطلب فيها التنفيذ :

هناك حالات يمكن التظلم من الوصف الخاطىء توصلا لالغائه ، حتى يتمكن المتظلم من تنفيذ الحكم ، وبداهة لا يتصور رفع التظلم فى هذه الحالات الا من الخصم صاحب المصلحة فى رفعه ، وهو هنا المحكوم له ، الذى يرغب فى الاعتراف بالقوة التنفيذية للحكم العادية أو المعجلة ، حتى يتمكن من تنفيذه ، ولن يتمكن من ذلك قبل الغاء الوصف الخاطىء ، الذى يمنع تنفيذ الحكم . وتتمثل هذه الحالات فى الآتى :

(أ) ابتدائية الحكم :

اذا وصف الحكم خطأ بأنه ابتدائى ، مع أنه ، فى حقيقته انتهائى طبقا للقواعد العامة ، كما لو صدر حكم فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة التى أصدرته ، (كما لو كان صادرا فى دعوى تقل قيمتها عن ٥٠ جنيه من المحكمة الجزئية ، أو عن ٥٠٠ جنيه من المحكمة الابتدائية) ، أو كان صادرا انتهائيا لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن (مثل الحكم الصادر فى دعوى المنازعة فى الكفالة) ، ومع ذلك ، تصف المحكمة هذا الحكم بأنه ابتدائى . وبالتالى فلا يصلح سندا تنفيذيا .

= عاما للطعن فيه أيا كان عيبه . ولذا ينبغى التوسع فيه وقبوله بالنسبة لعيب يعيب فى التسبيب ، ولو أراد المشرع اجازة التظلم فى هذه الحالات لنص عليها خاصة أن المادة ٤٧١ مرافعات قديم كانت تنص على جواز التظلم فى حالات الخطأ فى وصف الحكم او الخطأ فى النفاذ أو الكفالة . ويستشهد سيادته بحكم لمحكمة الاستئناف بترونيو بايطاليا صادر فى ١٩٥٢/٢/٢ . راجع الحكم :

M. Torino 2 Reb. 1912' in Polazzo Donato Massimmorio P. 20 Nlo 47.

(ب) رفض النفاذ المعجل الوجوبى :

اذا رفضت المحكمة ، صراحة النفاذ المعجــل لحكم يكون النفاذ المعجل ثابتا له بقوة القانون ، كما لو كان حــكما مستعجلا أو تجاريا ، فالنفــاذ المعجل ثابت لهذه الأحكام بقوة القــانون ، دون حاجة الى النص عليه فى الحكم ، ودون حاجة الى طلبه من أحد الخصوم ، واذا طلب من المحكمة فلا تملك رفض النفاذ المعجل ، واذا ما فعلت ذلك ، فانها تكون قد أخطأت خطأ قانونيا ، يجوز رفعه عن طريق التظلم من هــذا الوصف ، ولكن يلاحظ أن التظلم هنا مشروط بأن تصرح المحكمة بعــدم شمول الحكم (النافذ حتما) بالنفاذ المعجل ، أما اذا سكتت ولم تجب — ايجابا أو سلبا — على طلب قدم اليها بشمول الحكم بالنفاذ المعجل ، فالأصل أن النفاذ المعجل ثابت بقوة القانــون بغير أمر من القضــاء ، ولا يقبل التظلم لانعدام المصلحة فيه ، فى هذه الحالة [١٦٠] .

(جـ) الأمر بالكفالة المعفى منها :

اذا أمرت المحكمة بالكفالة حيث يجب قانونا الاعفاء منها ، فيجوز للمحكوم له التظلم من هذا الأمر ، ذلك لأن الكفالة اذا كانت واجبة فانها تعد مفترضا قانونيا للتنفيذ تنفيذا معجلا ، فلا يجوز التنفيذ قبل تقديم الكفالة ، اما اختيارا دون منازعة واما بعد الحكم فى المنازعة فى الكفالة . فاذا أمرت المحكمة بالكفالة فى حالة يكون الحكم فيها نافذا نفاذا معجلا مع وجوب الاعفــاء من الكفالة[١٦١] ، فانها تكون قد خالفت القــانون ، مما يجيز للخصم المحكوم له التظلم من وصف الحكم توصلا لالغاء الكفالة

---

(١٦٠) عبد الباسط جميعى ، د. محمود هاشم ، المرجع الســابق ص ٩٩ .

(١٦١) مثل ما تنص عليه المــادة السادسة من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ من اعفاء الدعاوى التى ترفع من العاملين والصبية وعمــال التلمذة والمستحقين عنهم من الرسوم القضائية فى جميع مراحل التقاضى ، وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تأمر بالنفاذ المؤقت بلا كفالة .

حتى يشرع فى تنفيذ الحكم • ويتصل بهذه الحالة ، حالة ما اذا رفضت المحكمة طلب الاعفاء من الكفالة حيث يجب عليها الأمر بالاعفاء •

هذه هى الحالات الثلاث ، والتى ترفع دائما من المحكوم له : للتظلم من الوصف الخاطىء ، حتى يتمكن من تنفيذ الحكم ، لأن من شأن هذا الوصف الخاطىء عدم تسليم صورة تنفيذية للحكم وهى التى يتم التنفيذ بمقتضاها • فيمتنع الكاتب عن استخراج صور تنفيذية لأحكام ابتدائية ما لم تكن مشمولة بالنفاذ المعجل الا بعد تقديم الكفالة المأمور بها • فاذا لم يمكن المحكوم له من التظلم ، فانه لن يتمكن من تنفيذ الحكم فور صدوره ، مستفيدا بالحماية المعجلة التى نظمها المشرع • أو حتى الحماية العادية : خاصة أن المحكوم له لن يستطيع رفع الاستئناف الموضوعى عن الحكم ، لأنه خصم محكوم له • والقاعدة أن الطعن لا يكون مقبولا الا من الخصم المحكوم عليه بأداء معين أو المحكوم له اذا رفضت له بعض الطلبات • لهذا كان لابد من الاعتراف للمحكوم له بحق التظلم من وصف الحكم •

٩٥ ــ ثانيا : حالات طلب منع التنفيذ :

بالاضافة الى ذلك ، توجد حالات أخرى للمنازعة حول وصف الحكم ، توصلا لالغائه ، حتى يمكن منع التنفيذ • ويرفع التظلم فى هذه الحالات من المحكوم عليه ، وتتمثل هذه الحالات فى :

(أ) انتهائية الحكم :

اذا أخطأت المحكمة ووصفت حكما بأنه انتهائى مع أنه ابتدائى تطبيقا للقواعد العامة ، فان هذا الوصف يؤدى الى اعتبار الحكم واجب التنفيذ طبقا للقواعد العامة مع أنه فى الواقع لايزال قابلا للطعن فيه بالاستئناف ، لهذا جاز رفع هذا الخطأ القانونى عن طريق التظلم من الوصف •

(ب) الحكم بالنفاذ المعجل دون طلب :

اذا قضت المحكمة — فى حالة من الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات — بالنفاذ المعجل من تلقاء نفسها ، دون طلب من ذوى الشـــأن ، فان المحكمة تكون قد خالفت القانون لأنها تكون قد قضت بما ليس مطلوبا منها ، وهذا العيب فضلا عن أنه يستوجب الطعن فى الحكم طعنا موضوعيا ، فانه يستوجب الطعن فيه عن طريق التظلـــم الوصفى ، لمنع هذه القوة التنفيذية المعجلة الخاطئة .

(ج) الاعفاء من الكفالة الوجوبية :

اذا أعفت المحكمة المحكوم له من تقديم الكفالة فى حالة كان يجب تقديمها بقوة القانون ، ولا يجوز الاعفاء منها ، كما لو كان الحكم صادرا فى مادة تجارية موضوعية (٢٨٩ مرافعات) ونصت على ذلك صراحة فى حكمها . فيجوز اذن للمحكوم له أن يشرع فى التنفيذ المعجل للحـــكم قبل تقديم الكفالة — والتى تعتبر بنص القانون مفترضا للتنفيذ المعجل لأنه قد أعفى من تقـــديمها بأمر من المحـــكمة . ففى هذه الحالة يـــكون للمحكوم عليه أن يتظلم من الوصف لالغاء الاعفاء من الكفالة الوجوبية ، مستهدفا منع التنفيذ حتى تقديم الكفالة .

٩٦ — اجراءات التظلم والحكم فيه :

(أ) رفع التظـــلم :

يرفع استئناف الوصف ، بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . أى صحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصـــة ، يتم اعلانها طبقا للقـــواعد العامة . ولكن المشرع جعل ميعاد الحضور فيه قصيرا ، وذلك من قبيـــل اختصار الاجراءات والتعجيل بنظر التظلم — وهو ثلاثة أيام فقط ، مع أن التظلم يرفع الى محكمة استئنافية . ويرفع التظلم مستقلا عن الطعن الموضوعى ، سابقا عليه أو لاحقا له ، فهو طعن خاص نظمه المشرع للطعن فى الوصف ؛ فهو ليس كطلب وقف التنفيذ لابد من تقديمه والطعن مرفوع

وانما يمكن رفع الاستئناف الوصفى دون أن يكون هناك استئناف موضوعى عن الحكم على الاطلاق •

ولكن هذا لا يعنى عدم امكانية رفع الاستئناف الوصفى مع الاستئناف الموضوعى • فليس هناك ما يمنع من ذلك • ويثار التظلم من الوصف كطلب عارض متفرع عن خصومة الاستئناف الموضوعى ، وفى هذه الحالة يمكن ابداء التظلم شفاهة فى الجلسة ، ويثبت فى محضرها ، تطبيقا للقواعد العامة فى تقديم الطلبات العارضة (٢/٢٩١) •

ويرفع الطعن بالاستئناف بالنسبة للوصف أمام المحكمة المختصة ، وهى المحكمة الابتدائية اذا كان الحكم المطعون فى وصفه صادرا من المحكمة الجزئية ، ومحكمة الاستئناف اذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من المحكمة الابتدائية •

ورفع الاستئناف الوصفى بذاته لا يرتب أى أثر بالنسبة للتنفيذ ، فلا يؤدى الى وقف التنفيذ ان كان قد بدىء فيه ولا البدء فى اجراءاته ان لم يكن قد بدىء فيها [١٦٢] •

(ب) ميعاد التظلم :

لم يحدد القانون ميعادا لهذا التظلم ، يجب تقديمه قبل انقضائه ، والا أعتبر غير مقبول لرفعه بعد الميعاد•لذلك يتجه الرأى الغالب الى أن التظلم لا ميعاد له•فيمكن رفعه فى أى وقت[١٦٣]•الا أن هناك رأيا[١٦٤] ذهب الى ان التظلم ، أيا كانت طريقة رفعه ، يتضمن تجريحا للحكم ،

---

(١٦٢) فتحى والى — التنفيذ الجبرى بند ٥٧ الطبعة الثانية ١٩٦٤ ، وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٩٤ •

(١٦٣) محمد حامد فهمى — قواعد التنفيذ ص ٣٦ بند ٤٧ • عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، المرجع السابق ص ١٠٢ • ابو الوفا اجراءات ، بند ٤٨ ص ٨٧ •

(١٦٤) رمزى سيف — المرجع السابق ص ٥٥ بند ٥٤ •

ويعد لذلك طعنا فيه ، ينصب على شقه المتعلق بالوصف ، وهو لذلك يعد استئنافا حقيقيا عن الحكم ، يجب لذلك أن يقدم خلال ميعاد الاستئناف والا كان غير مقبول .

رأينا الخاص :

وفى الواقع أن أيا من الرأيين على اطلاقه غير صحيح ومحلا للنقد ، وأن الصحيح فى نظرنا هو أنه يجب أن نفرق بين حالتين :

— عدم رفع استئناف موضوعى : اذا لم يكن هناك استئنافا موضوعيا عن الحكم قد رفع ، فانه يتعين رفع الاستئناف الوصفى خلال الميعاد المضروب للاستئناف . ولايكون مقبولا اذا قدم بعد ذلك،والحكمة من ذلك أن مصلحة المحكوم له فى رفع التظلم ، تكمن فى تمكينه من تنفيذ الحكم فور صدوره ، دون ما انتظار لفوات ميعاد الاستئناف ، فيجب عليه أن يقدم تظلمه قبل انقضاء هذا الميعاد ، فاذا ما فات هذا الميعاد — والفرض أن استئنافا عن الحكم موضوعيا لم يرفع — فلا يكون له مصلحة فى رفع التظلم ، لأن الحكم يصبح قابل للتنفيذ طبقا للقواعد العامة نظرا لصيرورته انتهائيا بغض النظر عن وصفه الخاطىء[١٦٥]

— حالة ما اذا رفع استئناف موضوعى عن الحكم :

أما اذا كان قد تم رفع استئناف موضوعى عن الحكم — والفرض أنه قد رفع فى الميعاد — سواء رفع من المحكوم عليه أو من المحكوم له ، ففى هذه الحالة لن يصبح الحكم انتهائيا الا بعد الفصل فى خصومة الاستئناف ، ولا يجوز تنفيذ الحكم قبل ذلك ، ولو استمرت خصومة الاستئناف معروضة أمام القضاء فترة طويلة ، وبذلك تكون للمحكوم له ، مصلحة فى رفع التظلم لالغاء الوصف الخاطىء حتى يتمكن من تنفيذ

---

(١٦٥) انظر وجدى راغب فهمى — ص ٩٤ . واستئناف القاهرة فى ١٩٦٢/٢/٢٦ المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٦٣١ . عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١٠٢ .

الحكم ، ومن ثم يكون له رفع هذا التظلم ، ولو كان ذلك بعد فوات ميعاد الاستئناف الأصلى ، ولكن يجب تقديمه فى هذه الحالة قبل اقفال باب المرافعة فى خصومة الاستئناف ، تطبيقا للقواعد العامة فى الطلبات العارضة .

ونظرا لأن تظلم الوصف ، يختلف عن طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن ، فانه يجوز رفعه فى جميع الأحوال ، أى سواء تم التنفيذ أو لم يتم ، فيجوز تقديمه قبل البدء فى التنفيذ لمنع اتخاذه ، كما يجوز تقديمه بعد ذلك ليطلب المتظلم ازالة ما تم اتخاذه من اجراءات لتنفيذ الحكم ، واعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ[١٦٦] .

(جـ) الحكم فى التظلم :

تقضى المادة ٢٩١/٣ من قانون المرافعات على أن المحكمة تحكم فى التظلم على استقلال ، وهى تقضى بذلك بطبيعة الحال اذا رفع التظلم مستقلا ، دون أن يكون هناك استئناف عن الحكم قد رفع . وتقضى بذلك أيضا حتى لو رفع التظلم مقترنا بالاستئناف الموضوعى المرفوع عن الحكم ، وهذا يعنى أن المحكمة انما تفصل فى التظلم أولا قبل الفصل فى الطعن الموضوعى . ولكنها اذا فصلت أولا فى الطعن الموضوعى فلا حاجة للفصل فى الاستئناف الوصفى بعد ذلك[١٦٧] .

وتقتصر سلطة المحكمة وهى تفصل فى التظلم على مراقبة مدى صحة تطبيق قواعد القانون بالنسبة لوصف الحكم ، على فرض صحته

---

(١٦٦) وجدى راغب — ص ٩٤ — ٩٥ . دونوغريو — التعليق — الجزء الثانى ص ٦٠٥ رقم ٧١٣ ، عكس ذلك ، القاهرة الابتدائية ١٢/٢٧/ ١٩٦٩ ، المحاماة س ٥٠ — ص ١٤٢ .

(١٦٧) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٩٥ . نقض مدنى فى ١٩٦٣/٥/١٦ . مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٦٧٧ .

من حيث ما قضى به من حيث الموضوع[١٦٨] ولذلك فان هـذا الحكم لا يقيد المحكمة عند نظر موضوع الاستئناف ، اذا ما رفع اليها ، حيث ان طلب الغاء وصف النفاذ هو طلب وقتى..وحكم محكمة الاستئناف فيه ليس من شأنه التأثير مطلقا على استئناف الموضوع ، ولا يمنع المحكمة من الفصل فى استئناف الموضوع ، فالحكم الصادر فى الاستئناف الوصفى يعتبر حكما وقتيا[١٦٩] . ولكن الحكم الصادر فى خصومة التظلم يعتبر حكما قطعيا[١٧٠] بالنسبة لوصف الحكم ، ولذا فهـو يستنفد سـلطة المحكمة الاستئنافية بالنسبة له ، ويرتب الحكم أثره فى التنفيذ على ضوء ما تفصل فيه المحكمة بالنسبة للوصف[١٧١] .

المبحث الثـانى

الأوامـر

٩٧ — تمهيـد :

تقوم المحاكم — مباشرة منها لوظيفتها القضائية — باصدار الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق ، وهى ما يطلق عليها لفظ الأحـكام . وكذلك باصدار أوامر ، منها ما لا يعد أعمالا قضائية بالمعنى الفنى مثل « الأوامر على العرائض » ومنها ما يعد كذلك كما هو الحال بالنسبة « لأوامر الأداء وأوامر التقدير » ذلك لأن الأوامر الأخيرة تتضمن قضاء قطعيا فى أصل الحق . وتختلف الأوامر عن الأحكام فى أن الأولى ما هى الا القرارات

---

(١٦٨) وجدى راغب — الاشارة السابقة . واستئناف القاهرة فى ١٩٦٢/١٢/٢٦ — المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٦٣١ .

(١٦٩) نقض ١٩٥٧/١/١٠ ، المجموعة ، س ٨ ، ص ٤٥ ، نقض ١٩٦٤/١/٦ ، س ١٥ ، ص ٩٨ .

(١٧٠) وجدى راغب ، الاشـارة السـابقة ، نقض ١٩٦٤/١/١٦ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ، ص ٩٨ .

(١٧١) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٩٦ .

الصادرة من القضاء — بناء على طلب ذوى الشأن — فى غير الاجراءات العادية للخصومة ، اذ أنها تصدر فى غيبة الخصم الآخر .

والأوامر بنوعيها تعتبر سندات تنفيذية بصريح نص المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات .

ونتناول فيما يلى دراسة سريعة لنوعى الأوامر الصادرة من القضاء .

المطلب الأول

الأوامر القضائية
Les Ordonnances judiciaures

٩٨ — تحديد :

يصدر القضاء — أداء منه لوظيفته القضائية — بالاضافة الى الأحكام ، أوامر فى غير خصومة ؛ تعتبر — رغم ذلك — أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وهذه الأوامر قد تكون أوامر بأداء بعض الديون ، وقد تكون أوامر بتقدير بعض الحقوق والالزام بها ، وهى فى الحالتين تعتبر أوامر قضائية ، اعتبرها المشرع سندات تنفيذية ، شأنها شأن الأحكام الصادرة فى الخصومات العادية .

ونعرض فى ايجاز لهذين النوعين من الأوامر :

الفرع الأول

أوامر الأداء(١٧٢)
Les Ordonnances d' injonction de Payer

٩٩ — تمهيد :

استحدث قانون المرافعات الملغى الصادر سنة ١٩٤٩ — أسوة

---

(١٧٢) أنظر فى هذا الموضوع أمينة النمر — اوامر الاداء ، ١٩٧٥ ؛ عبد الحميد الوشاحى اوامر الاداء ، ١٩٥٨ . فتحى عبد الصبور ، أوامر الأداء . منشور فى المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية ، س ٦٠ . العدد الثالث ، والسنة ٦١ من المجلة نفسها مقال له بعنوان البطلان وأوامر الأداء .

بالقانون الفرنسى — نظاما جديدا لاستيفاء الديون النقدية الصغيرة الثابتة بالكتابة ، يكون بديلا عن الاجراءات العادية فى التقاضى : عرف هذا النظام بنظام « أوامر الأداء » .

ونظرا للنجاح الذى حققه هذا النظام ، فقد توسع المشرع المصرى فى تطبيقه ، بادخال عدد من التعديلات عليـــه بموجب عدة تشريعات ، بحيث يجب اتباعه لاستيفاء الديون النقدية أيا كانت قيمتها ، وكذلك الديون التى يكون محلها منقولات مثلية أيا كانت قيمتها ، حتى أن هناك مشروعا لتعديل قانون المرافعات ، يمد نطاق تطبيق هذا القانون على المنقولات كافة : المثلية منها والقيمية ، أى المحددة بالذات .

ونبين — فى عجالة — النظام القانونى لهـــذه الأوامر ثم اقوتهـــا التنفيذية .

أولا — النظام القانونى لأوامر الأداء

١٠٠ — شروط استصدار أوامر الأداء :

تنص المادة ٢٠١ من قانون المرافعات على أنه « استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى تتبع الأحكام الواردة التالية اذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء ، وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه ومقداره » .

يبين من هذا النص أن القانون يوجب اتباع اجراءات أوامر الأداء عند استيفاء الديون النقدية والمنقولة الثابتة بالكتـــابة ، اذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يكون موضوع الحق المطالب به نقودا أو منقولات مثلية :

يجب لاستصدار الأمر : أن يكون محل الحق المطالب به مبلغا من النقود أو تسليم شىء مثلى : وأن يكون كل ما يطالب به الدائن دينا نقديا أو شيئا مثليا : فاذا تعددت التزامات الدين ، وكان محلها جميعا مبالغ

نقدية أو منقولات مثلية ، فانه يلزم لاستيفائها سلوك طريق أمر الأداء • أما اذا كان محل بعضها مبالغ نقدية أو مثليات وبعضها الآخر شىء غير نقدى أو غير مثلى ولم يكن بين هذه الالتزامات ارتباط ، كان على الدائن فى هذه الحالة سلوك طريق أمر الأداء بالنسبة للديون النقدية أو المثلية ، وسلوك طريق الدعوى القضائية بالنسبة لما عداها • أما اذا كان هناك ارتباط ولو كان بسيطا بين الالتزامات المتعددة ، وكان محل بعضها مبالغ نقدية أو أشياء مثلية ومحل البعض الآخـــر شىء غير ذلك : ففى هذه الحالة لا يصح للدائن استصدار أمر الأداء بالنسبة للديون النقدية أو المثلية ، وسلوك سبيل الدعوى القضائية لاستيفاء الديون الأخرى ، لأن فى ذلك تعقيد للأمور وتعدد للاجراءات ، الأمر الذى يضر بحسن ســير العدالة ، وقد ينتهى الأمر بضم القضايا التى رفعت باجراءات مختلفة الى محكمة واحدة هى التى كان يلزم رفع الدعوى برمتها اليها ابتداء ولذلك فانه يجب على الدائن فى هذه الحالة سلوك سبيل الدعوى العادية لاستيفاء كل هذه الالتزامات المتعددة(١٧٣) •

أما اذا كان الالتزام تخييريا بمعنى أنه يشمل أشياء متعددة من بينها دفع مبلغ نقدى أو شىء مثلى ، وتبرأ ذمة المدين بالوفاء باحداها ، نفرق فى هذه الحالة بين ما اذا كان الخيار للمدين أو للدائن ، فان كان للأول فلا يستطيع الدائن سلوك طريق أمر الأداء الا اذا اختار المدين الوفاء بالمبلغ النقدى ، أما اذا كان الخيار للدائن . فعليه أن اختار المبلغ النقدى أن يستصدر أمرا بأدائه ، والا فعليه رفع دعوى قضائية •

ومتى كان محل الالتزام مبلغا نقديا ، تعين سلوك طريق أمر الأداء أيا كانت قيمة هذا المبلغ ، صغيرا كان أم كبيرا أما اذا كان محل الالتزام منقولا ، فيجب لاستصدار أمرا بأدائه ، أن يكون المنقول معينا بنوعه ، والمنقولات المعينة بنوعها هى التى يحل بعضها محل بعض فى الوفاء أو

---

(١٧٣) انظر أبو الوفا ، اجراءات ، ص ١٤٣ • أمينة النمر — التنفيذ الجبرى ، ص ٧٥ •

هى الأشياء المثلية • فاذا كان المنقول معينا بذاته فلا يجوز استصدار أمرا بأدائه •

٢ — يجب أن يكون الحق موضوع الأمر معين المقدار :

يجب أن يكون الحق معين المقدار سواء كان مبلغا نقديا أو منقولا مثليا ، ذلك لأن تعيين مقدار الدين ينتفى معه احتمال قيام المنازعة بين الخصـوم •

٣ — يجب أن يكون الحق ثابتا بالكتابة :

لا يكفى أن يكون الدين نقديا أو منقولا مثليا ، ومعين المقـدار فحسب ، بل يجب أن يكون هذا الدين ثابتا بالكتابة ، بمعنى أن يكون هناك سند مكتوب مثبت للدين (سواء كان بخط المدين نفسـه أو بخط غيره أو مكتوبا على الآلة الناسخة) ولكن يجب فى جميع الأحـوال أن يحمل السنـد توقيع المدين أو ختمه أو بصمة اصبعـه • وعلى ذلك فلا يجوز للدائن سلوك طريق أوامر الأداء اذا كان الحق غـير ثابت بالكتابة على النحو السالف ، وذلك لأن عدم ثبوت الحق بالكتابة يقتضى اجراء تحقيق حول وجود الحق أو عدم وجوده ، ثم حول مقداره وميعاد استحقاقه مما يستلزم تكليف الخصوم بالحضور أمام القضاء ، فيكون سلوك سبيل الدعوى العادية أولى(١٧٤) •

ويجب أن تتضمن الكتابة تأكيد لوجود الحق ، وتحديد لمقداره ، مع تحديد ميعـاد استحقاقه ، فاذا اقتصرت الكتابة على بعض هـذه الشروط دون البعض الآخر ، فلا يجوز اصدار أمر الآداء(١٧٥) •

---

(١٧٤) انظر أبو الوفا—اجراءات ، ص١٤٧ ، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٩، الطعن رقم ٢٦ السنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٧٢/٥/٢٣ ، المجموعة ، س ٢٣ ، ص ٩٨١ •

(١٧٥) أمينة النمر — التنفيذ الجبرى ، سنة١٩٧٧ ص٧٩ ، أبو الوفا هامش (١) ص ١٤٦ •

٤ — يجب أن يكون الحق حال الأداء :

أوجب المشرع لاستصدار أمر الآداء فضلا عن توافر الشروط السابقة أن يكون الحق حال الآداء بأن يكون غير فضلا على شرط واقف أو مضافا الى أجل ، وعلة ذلك أنه لا يجوز المطالبة بوفاء الدين الا عند استحقاقه أى عند تحقيق الشرط الواقف أو عند حلول الأجل ، فاذا كان الحق معلقا على شرط واقف أو مضافا الى أجل فانه قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل لا يكون الحق حال الآداء فلا يجبر المدين على الوفاء به • أما اذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ فان الحق قبل تحقق الشرط يعد نافذا فى حق المدين فيجبر على الوفاء به مما يمكن للدائن معه استصدار أمر بأدائه •

ويلاحظ أنه اذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية ، فانه يسلك طريق أمر الأداء اذا أراد الرجوع على الساحب أو المحرر أو القابل ، أو الضامن الاحتياطى لأحد هؤلاء الأشخاص ، أما اذا أراد الرجوع على غير هؤلاء ، وجب عليه اتباع الاجراءات العادية لرفع الدعوى[١٧٦] •

١٠١ — اجراءات طلب أمر الأداء :

تبدأ الاجراءات اللازمة لاستصدار أمر الآداء — متى توافرت الشروط السابقة —[١٧٧] بتكليف المدين بالوفاء فى ميعاد معين حدده المشرع ثم تقديم عريضة بطلب أمر الآداء مشفوعة بمرفقاتها الى القاضى المختص •

---

(١٧٦) نقض ١٩٦٧/٦/١٥ ، مجموعة النقض ، س ١٨ ، ص ١٢٧٥ .

(١٧٧) واذا لم تتوافر هذه الشروط ، فيجب اتباع سلوك الدعوى (نقض ١٩٧٨/٢/٢٣ فى الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٥ ق ، ١٩٧٧/١/٣١ ، س ٢٨ ، ص ٣١٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ فى الطعن ٥٥٥ لسنة ٤٣ ق ، ١٩٧٩/١/١ طعن ٨٦٧ لسنة ٤٥ ق ١٩٧٦/١/١٩ ، س ٢٧ ، ص ٢٤٠ ، ١٩٧٥/١٢/٩ ، س ٢٦ ، ص ١٥٩٣ ، ١٩٧١/٣/١٦ س٢٢ ، ص٣٠٥ .

١ — التكليف بالوفاء :

يجب أن يقوم الدائن أولا بتكليف المدين بالوفاء بالدين ، وذلك حتى تكون هناك فرصــة للمدين للوفاء بالتزامه اختيارا حتى يتجنب الاجراءات القضائية • وحتى لايفاجأ باستصدار أمر بالآداء عليــه • واذا كان التكليف بالوفاء لازما لاستصــدار الأمر ، فانه ليس شرطا يتصل بعريضة أمر الآداء ذاتها ، وبالتالى فان بطلان التكليف لا يؤدى الى بطلان أمر الآداء لأن البطلان وقع فى ورقة التكليف وهى ســابقة على العريضة ذاتها[١٧٨] •

ويتم تكليف المدين بالوفاء ، اما فى صــورة اعلان على يد محضر تطبيقا للقواعد العامة ، واما فى صورة كتاب مسجل مع علم الوصول • وبالنسبة للأوراق التجارية يقوم بروتستو عدم الدفع مقــام التكليف بالوفاء ، لأنه ينطوى على التكليف بالوفاء والاحتجاج على عدم الدفع فى الميعاد •

ويجب أن يتم تكليف المدين بالوفاء بالحق قبل تقديم العريضة الى القاضى المختص بخمســة أيام على الأقل (م ٢٠٢ مرافعات) • وهذا الميعاد من المواعيــد الكاملة التى يجب انقضــاؤها بالكامل قبل تقديم العريضة الى القاضى •

٢ — تقديم العريضة ومرفقاتها :

يلاحظ أن اجــراءات استصدار أوامر الآداء تشبه الى حد كبير الاجراءات اللازمة لاستصدار الأوامر على العرائض ، ولذلك يحصل الطلب بعريضة تقدم من الدائن أو وكيله الى القاضى المختص ، وتكون من نسختين متطابقتين ومشتملة على بيانات معينة أهمها :

---

(١٧٨) نقض ١٩٧٩/٢/٢٧ طعن ٨٥٤ لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٤/٦/١٦ ، س ٢٥ ، ص ١٠٨٢ ، نقض ١٩٧١/٦/١٤ ، س ٢٢ ، ٨١٨ ، فضلا عن ان التكليف بالوفاء لا يعد تنبيها قاطعا للتقادم (نقض ١٩٧٨/٤/١٧ طعن ٤١٦ لسنة ٤٥ •)

ـ وقائع الطلب وأسانيده أى ذكر المبلغ المطلوب الوفاء به ومقداره من أصـل وفوائد ومصاريف ، واذا كان المطلوب منقولا مثليا وجب بيان نوعه ومقاره ، وكذلك بيان الأسباب التى يستند اليهـا الدائن فى مطالبتـه .

ـ اسم المدين ولقبه وكافة البيانات اللازمة للتعريف به ، وكذلك محل اقامته ، واذا لم يذكر اسم المدين تاملا بحيث يصعب التعرف عليه أو لم يذكر موطنه كان الاعلان باطلا .

ـ اسم الدائن ولقبه وموطنه المختار فى دائرة اختصاص المحكمة، واذا كان الدائن مقيما خارج هذه الدائرة تعين عليه ذكر موطن مختار له فى البلدة التى بها مقر المحكمة (م ٢٠٣ مرافعات) .

ـ توقيع محام على العريضة من المحامين المشتغلين أمام المحكمة الابتدائية اذا قدمت اليها ، أو أمام المحكمة الجزئية متى جاوزت قيمة الأمر المطلوب خمسين جنيها (م ٨٧ من قانون المحاماة) .

ويجب أن يرفق بالعريضـة المستندات كافة المؤيدة للطلب وذلك حتى يتمكن القاضى من اصدار أمره بعد تأكده من توافر الشروط المتطلبة لاصدار الأمر . وبداهة يجب أن يرفق بالعريضة سند الدين ، وما يثبت سبق حصول التكليف بالوفاء وكذلك الأوراق الأخرى التى تكون تحت يد الدائن وتؤيد طلبه (م ٢٠٣ مرافعات) . فضلا عن ضرورة ارفاق ما يثبت أدائه الرسم المقرر لاصدار الأمر (م ٢٠٨/١ مرافعات) .

ولقد استقر قضاء النقض على أن عريضة أمر الأداء بديلة لورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء[١٧٩] وترتب كافة مايترتب على رفع الدعوى من آثار[١٨٠] .

---

(١٧٩) نقض ١٩٧٩/٢/٢٧ طعن ٨٥٤ لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٤/٦/١٦، س ٢٥ ، ص ١٠٨٢ .

(١٨٠) نقض ١٩٨٠/٢/١٣ فى الطعن ٤١٥ لسنة ٤٦ ق .

٣ ــ المحكمة المختصة باصدار الأمر بالأداء :

تنص المادة ٣٠٢ من قانون المرافعات على أن الدائن يكلف المدين أولا بالوفاء « ثم يستصدر أمرا بالآداء من قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية حسب الأحوال وذلك ما لم يقبل المدين اختصاص محكمة أخرى بالفصل فى النزاع • ويتضح لنا أن المحكمة المختصة باصدار أوامر الآداء ، هى وفقا للقواعد العامة فى الاختصاص المحكمة الجزئية أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية بحسب نوع (الدين) وقيمته ، أو أية محكمة أخرى يقبلها المدين متى كانت هى المحكمة المختصة نوعيا بالطلب وفقا لقيمته •

ويلاحظ أن المشرع لم يجعل الاختصاص بالفصل فى أوامر الآداء لقاضى الأمور الوقتية[١٨١] كما فعل بالنسبة للأوامر على العرائض نظرا لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما •

٤ ــ اصدار أمر الآداء :

يجب على القاضى متى قدمت اليه العريضة متضمنة البيانات المطلوبة ، أن يصدر أمر الآداء خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ تقديم العريضة (م ٢٠٣ مرافعات) وذلك على خلاف الأوامر على العرائض التى يجب اصدارها فى اليوم التالى على الأكثر لتقديمها • وقد أراد المشرع بذلك منح القاضى فترة زمنية تمكنه من مدى بحث توافر شروط اصدار أمر الآداء • ويصدر القاضى أمره ــ كما فى الأوامر على العرائض ــ على احدى نسختى العريضة •

والقاضى اما أن يأمر باجابة الطالب الى طلبه أو رفضه ولكن لايجوز له اجابة بعض طلبات الدائن دون البعض الآخر (٢٠٤مرافعات) •

---

(١٨١) نقض ١٩٧٢/٥/١١ ، مجموعة النقض ، ٢٣ س ، ص٨٧٢ •

على أنه فى حالة صدور الأمر من القاضى برفض طلب الدائن ، فان على القاضى أن يحدد جلســة لنظر الدعوى أمام المحكمة يعلن بها المدين ، وكذلك فى حالة ما اذا أراد القــاضى اجابة الدائن لبعض طلبــاته دون البعض الآخر فعليه أن يحدد جلسة أمام المحكمة يعلن بها المدين(١٨٢) •

واذا أجاب القاضى طلب الدائن فانه يصــدر أمره بالأداء وتعلن العريضة والأمر الصــادر عليها بالأداء الى المدين خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اصدار الأمر والا اعتبر كأن لم يكن (م ٢٠٥ مرافعات) •

٥ ــ الطعن فى أوامر الأداء :

حدد المشرع طرق الطعن فى أوامر الأداء وتنحصر فى طريقين هما:

(ا) التظلم من أوامر الأداء :

أجازت المادة ٢٠٦ من قانون المرافعات للمدين وحده التظلم من أمر الأداء الصادر ضده • وعلى ذلك فلا يجوز للدائن التظلم من أمر الأداء الذى لا يصدر الا باجابته الى طلبه ، اذ لا تكون له مصلحة فى التظلم •

وتختص بنظر التظلم المحكمة التابع لها القاضى الآمر ، أى يرفع التظلم الى المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية بحسب الأحوال •

ويرفع التظلم بالاجــراءات المعتادة لرفع الدعوى أى بصحيفــة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة مبينا بها أسباب التظلم والا كان باطلا•

ويجب أن يتم التظلم خلال عشرة أيام من تاريخ اعلان التظلم والا سقط حقه فيه •

---

(١٨٢) نقض ١٩٨٦/١/٨ فى الطعن٦٣٣ السنة٥٢ ق ، ١٩٦٩/٥/٦، س ٢٠ ، ص ٧٣٢ ، ولكن ماذا يكون الحكم اذا اقتصر القاضى على الرفض دون تحديد جلسة ؟ هل يتظلم الدائن فى هذه الحالة من أمر الرفض أم يقوم برفع دعوى مبتداة ــ ويخسر بذلك رسوم طلب أمر الأداء التى سددها ؟ [illegible] على أنه فى هذه الحالة بعرض الأمر مرة اخرى على القاضى لتحديد جلسة استكمالا لمهمته •

ويسقط حق المدين فى التظلم ، اذا تنازل عنه بعد صدور الأمر ، أو فى حالة قيام المدين بتنفيــذ الأمر اختياريا ، لأن ذلك يعد قبولا منه للأمر • ويسقــط حق المدين فى التظلم من الأمر كذلك فى حالة مبــادرة المدين باستئناف الأمر مباشرة لأن ذلك يعــد تنازلا من المدين عن طريق التظلم •

وعند نظر التظلم يجب مراعاة الاجراءات التى يجب اتباعها أمام محكمة الدرجة الأولى ، جزئية كانت أو ابتدائية ذلك لأن المتظلم يعد فى مركز المدعى ، والمتظلم ضده فى مركز المدعى عليه (م ٢٠٧) • ويلاحظ أنه اذا تخلف المتظلم عن الحضور فى الجلسة الأولى لنظر التظلم وجب الحكم باعتبار التظلم كأن لم يكن ، من تلقاء نفس المحكمة حتى لو تخلف المتظلم ضده عن الحضور ولكن اذا حضر المتظلم وغاب المتظلم ضده عن الحضور فى الجلسة الأولى فان المحكمة تحكم فى التظلم اعمالا لحكم المادة ٢/٨٢ من قانون المرافعات •

وتحكم المحكمة فى التظلم ، طالما قــد رفع فى الميعاد وباجراءات صحيحة ، بحكم موضوعى حاسم للنزاع المتعلق بأصــل الحق نفسه ، فاذا قضت المحــكمة بالغاء الأمر لعدم توافــر الشروط الموضوعيــة لاستصداره ، كأن يكون السند غير موقع عليه من المدين مثلا ، فانها تحكم بالغاء الأمر وتفصل فى موضوع الدعوى بحكم موضوعى[١٨٣] ، ولكن اذا كانت اجــراءات اصدار الأداء مشوبة بنقص أو خطأ ورأت محكمة التظلم الحــكم بالبطلان ، فانها تقضى بالغــاء الأمر فقط دون التعرض لموضوع النزاع وذلك تأكيدا لرغبة المشرع فى جعل هذا الطريق اجباريا متى توافــرت شروطه ، لأن المحكمة لا تملك الحكم فى موضوع دعوى تتوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء[١٨٤] •

---

(١٨٣) نقض ١٩٨٠/٢/١٣ فى الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ ق •

(١٨٤) امينة النمر — التنفيذ الجبرى ، ص ١٠٣ •

والحكم الصـــادر فى التظلم يعتبر حكما موضوعيا يخضع للقواعد العامة المتعلقـــة بالطعن فى الأحكام ، بمعنى أنه يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف وفقا للقواعد العامة .

(ب) استئناف أمر الأداء :

تقضى المادة ٢٠٦/٤ مرافعات بسقوط الحق فى التظلم من الأمر اذا (طعن) فيه مباشرة بالاستئناف . والاستئناف مثل التظلم يكون قاصرا على المدين وحده . ويبدأ ميعاد استئناف الأمر — اذا كان قابلا له — من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن .

ويرفع الاستئنـــاف اما الى المحكمة الابتدائيـــة أو الى محـــكمة الاستئناف بحسب ماإذا كان الأمر صادرا من محكمة جزئية أو من رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية .

ثانيا : الطبيعة القانونية لأوامر الأداء

١٠٢ — اختلف الفقهاء حول تكييفهم لأوامر الأداء ، وهل تعد أحكاما بالمعنى الفنى أم تعد أوامر على عرائض ؟ وكان مرجع اختلاف الفقهاء حول هذا التكييف هو موقف المشرع من هذا النوع من الأوامر ، اذ خصه بقواعد معينة على النحو الذى ذكرناه فقد رأينا أن المشرع قد طبق على أوامر الأداء بعض القواعد التى تحكم الأوامر على العرائض ، كما طبق بعض القواعد الخاصة بالأحكام القضائية.ونتيجة لذلك ذهب البعض[١٨٥] الى أن أوامر الأداء ما هى الا أوامر على عرائض ، اذ أن القاضى عندما يصدرها انما يباشر وظيفة ولائية بحتة ، وقد نص المشرع على وجوب استصدار أمر الأداء بدلا من عرض النزاع على المحكمة ابتداء كما أن

---

(١٨٥) راجع فى هذا المعنى أحمد ابو الوفا . اجراءات ، بند ٨٧ ، م (٦) ص ١٨٣ ومابعـــدها ، وقارن وجـــدى راغب : النظرية العامة للتنفيذ ١٣٤ .

المشرع قد أوجب على القاضى اصدار أمر لا حكم ، وبالاضافة الى ذلك فان أمر الأداء ليست له بيانات الأحكام ولا يصدر باسم الشعب[١٨٦] ولا يصدر فى جلسة علنية ولا يطعن فيه بطرق الطعن المقررة للاحكام ، واذا كان يقبل الطعن فيه بالاستئناف فانما يقبله بنص خاص ولا يقبل الطعن فيه بالنقض المباشر أو التماس اعادة النظر ، ولا يتصور أن يطلب تفسيره أو تصحيحه على ما هو متبع بالنسبة الى الأحكام القضائية .

ولكن ذهبت الغالبية العظمى من الفقه المصرى[١٨٧] الى أن أوامر الأداء انما تعد أحكاما قضائية بالمعنى الفنى ، لأنها تتضمن قضاءا قطعيا فى أصل الحق ، فاصلة فى خصومة صادرة فى موضوع دعوى رفعت باجراءات خاصة رسمها المشرع .

واتجه البعض الآخر الى أن أمر الأداء له طبيعة مزدوجة فهو شكلا يعد أمرا على عريضة ، وهو موضوعا يكون أشبه بالحكم الغيابى[١٨٨].

وذهب جانب آخر من الفقه الى أن أمر الأداء يعتبر عملا قضائيا ذا شكل استثنائى ولذلك فانه ليس عملا ولائيا كما أنه ليس بحكم .

ولقد استقر قضاء النقض المصرى على أن أوامر الأداء هى أحكام

---

(١٨٦) حكم محكمة السيدة زينب الجزئية فى ١٩٥٨/٢/١٣ — المحاماة — ٣٩ — ص ٤٤ ، وقارن عبد الحميد الوشاحى : اوامر الاداء سنة ١٩٥٨ بند ٧٧ .

(١٨٧) رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، سنة ١٩٧٠ بند ٥٧٠ ص ٧٤٤ ومابعدها ، عبد الباسط جميعى : الاستئناف المباشر لاوامر الأداء — مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦١ العدد الثالث ص ٣٧٥ ومابعدها ، عبد الحميد الوشاحى — اوامر الاداء بند ٣ .

(١٨٨) احمد مسلم : أصول المرافعات ص ٦٦٥ .

قضائية بالمعنى الصحيح ، تعد بمثابة الأحكام الغيابيــة[١٨٩] ، ترتب حجية الأمر المقضى[١٩٠] •

وفى الحقيقة ، أن هنــاك تمييزا بين الحكم القضــائى والعمــل القضائى ، فالأخير أوسع فى معنــاه من الحكم ، اذ أن الحكم ما هــو الا الشكل الاجرائى العام للعمل القضائى ، وليس هناك ما يمنع المشرع من الخروج على هذا الشكل الاجرائى العام ، ويقرر شكلا آخر للعمل القضائى ، مراعاة منه لاعتبارات معينة • فهو أى المشرع ، قد جعــل العمل القضائى يصدر فى شكل آخر خلاف الحكم القضائى وهو أمر الأداء • ولذا فان أمر الأداء ليس الا عملا قضائيا بالمعنى الفنى صادرا فى شكل اجرائى آخر يختلف عن الحكم (أى صادرا فى صورة أمر على عريضة) ، ومضمون أمر الأداء هو مضمون العمل القضائى ذاته بالمعنى الفنى ، اذ يتضمن قضاء قطعيا بالزام المدين بأداء الحق[١٩١] •

ثالثا ــ القوة التنفيذية لأوامر الأداء

١٠٣ ــ رأينا أن مضمون أمر الأداء هــو نفســه مضمون العمــل القضائى بالمعنى الفنى ، لأنه يتضمن قضاء قطعيا فى أصل الحق ، ولذلك فان أمر الأداء يخضع فى قوته التنفيذية الى القواعد التى تحكم الأحكام الموضوعية •

ويترتب على ذلك أن أمر الأداء لا يكون واجب التنفيذ طالما كان قابلا للتظلم منه ، أو الطعن فيه بالاستئناف المباشر الا اذا كان الأمر

---

(١٨٩) نقض ١٩٦٤/٧/٧ ، س ١٥ ، ص ٦٩٣ ، ١٩٦٣/٤/٤ ، س ١٤ ص ٤٧٥ •

(١٩٠) نقض ١٩٧٤/٢/١١ ، س ٢٥ ، ص ٣٧٢ ، ١٩٨٠/٢/١٣ فى الطعن ٤١٥ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٧٧/١/٥ ، س ٢٨ ، ص ١٧٤ •

(١٩١) انظر وجدى راغب ــ النظرية العامة للتنفيذ ص ١٣٤ ــ ١٣٥ ، ــ أمينة النمر : التنفيذ الجبرى ، ص ٧٢ •

مشمولا بالنفاذ المعجل . ولم يشأ المشرع أن يخضع أوامر الأداء للقاعدة العامة فى تنفيذ الأوامر على العرائض من حيث كونها نافذة نفاذا معجلا بقوة القانون ، تأكيد من المشرع لطبيعة أوامر الأداء من حيث أنها لا تعد أوامر ولائية .

فتنص المادة ٢٠٩ على أن « تسرى على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال التى بينها القانون » . وعلى ذلك :

— اذا انقضى ميعاد التظلم دون رفعه أو انتهت خصومة التظلم باعتباره كأن لم يكن ولم يكن الأمر قابلا للاستئناف أو انقضى ميعاده دون طعن ، أو انتهت خصومة الاستئناف ، فان أمر الأداء يكون حائزا لقوته التنفيذية العادية .

— ويكون أمر الأداء مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، ان كان صادرا فى مادة تجارية ، أما فى غير ذلك فلا يكون مشمولا بالنفاذ المعجل الا اذا نص القاضى على ذلك الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٩٠ مرافعات عدا الفقرة الثالثة والرابعة منها ، الخاصة باقرار المحكوم عليه بالالتزام ، أو عدم جحده لورقة عرفية . حيث لا يتصور الاقرار والجحد من شخص غائب ، لم يعلن ولم يحضر عند اصدار الأمر[١٩٢] .

الفرع الثانى

أوامر التقدير

١٠٤ — تحديد :

يصدر القضاة نوعا آخر من الأوامر القضائية ، تتضمن قضاء

---

(١٩٢) فتحى والى ، التنفيذ ، ص ١٠٦ ، أبو الوفا ، ص ٢٠٢ عكس ذلك فتحى عبد الصبور أوامر الأداء ، المجموعة الرسمية ، س ٦٠ ، ص ١١٩٣ .

قطعيا فى مقدار الحق ، وهذه الأوامر هى أوامر تقدير الرسوم والمصاريف والأتعـــاب •

١ — أوامر تقدير مصاريف الدعوى :

ألزم المشرع المحكمة أن تفصـــل من تلقـــاء نفسها فى مصـــاريف الدعوى ، وذلك عند اصدارها الحكم المنهى للخصومة أمامها ، فتقضى بالزام أحد الخصوم أو كليهما بالمصاريف • ويقرر الحكم فى هذه الحالة الخصم الملتزم بالمصاريف ، أما تقدير هذه المصـــاريف ، فاما أن يتم بمعرفة المحكمة فى الحكم نفسه ، ان أمكن ذلك ، واما أن يتم بأمر (على عريضة يقدمها المحكوم له) يصدره رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم : ويعلن هذا الأمر الى المحكوم عليه بالمصاريف (م ١٨٩ مرافعـــات) ، ويكون للخصوم التظلم من أمر التقدير خلال الثمانية أيام التالية لاعلان الأمر ، ويتم التظلم اما أمام المحضر الذى يقوم باعـــلان الأمر ، واما بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم ، ويحدد المحضر أو قلم الكتاب — على حسب الأحوال — اليوم الذى ينظر فيه التظلم ، ويعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام وتختص بالفصل فى التظلم المحكمة التى أصـــدرت الحكم وتفصـــل فيه فى غرفة المشـــورة (م ١٩٠) •

وهذه الأوامر لا تعد أوامر على عرائض ، ومن ثم فلا تسقط اذا لم تقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من صدورها (١٨٩ مرافعات)[١٩٣] ، ولا تخضع لقاعدة النفاذ المعجـــل بقوة القـــانون المقررة للأوامر على العرائض ، ولذلك فان أوامر التقدير لا تكون قابلة للتنفيذ الا بعد فوات ميعاد التظلم ، وبشرط أن يكون الحكم القاضى بالالزام بالمصاريف نافذا أو بعد صيرورته كذلك •

---

(١٩٣) نقض مدنى ١٩٥٦/١٠/١٨ — المجموعة ص ٨٤٢ .

٢ — أوامر تقدير الرسوم القضائية :

تقدر الرسوم القضائية بأمر يصدره رئيس المحكمة الكلية أو القاضى الجزئى حسب الأحوال بناء على طلب قلم الكتاب[١٩٤] ويجوز لذوى الشأن المعارضة فى أمر تقدير الرسوم خلال ثمانية أيام التالية لتاريخ اعلانه اليه • ويجوز استئناف الحكم الصادر فى المعارضة خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره (م ١٨ رسوم) •

وتتم المعارضة — كما فى أوامر تقدير المصاريف — اما أمام المحضر عند الاعلان ، واما بتقرير فى قلم كتاب المحكمة فى الميعاد المحدد •

ونظرا للطبيعة القضائية لهذا الأمر فانه لا يكون نافذا الا بعد فوات ميعاد المعارضة — اذا لم تقدم معارضة فى الميعاد — أو بعد صيرورة حكم المعارضة انتهائيا ، اذا طعن فى الأمر بالمعارضة ، أى بعد انقضاء الحق فى استئناف ذلك الحكم[١٩٥] •

٣ — أوامر تقدير أتعاب الخبراء :

تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر على عريضة من رئيس الدائرة التى عينته ، أو القاضى الجزئى الذى عينه ، وذلك بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى ؛ ويكون للخبير والخصوم فى الدعوى التظلم من الأمر خلال الثمانية أيام التالية لاعلانه ويحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ، وينظر فى غرفة المشورة •

وقد خالف المشرع القواعد العامة فى أوامر التقدير بالنسبة لأوامر تقدير أتعاب الخبراء بأن جعلها نافذة فور صدورها ، ولكن يترتب على رفع التظلم منها وقف تنفيذها (م ١٥٨ — ١٦١ من قانون الاثبات) •

٤ — أوامر تقدير مصاريف الشهود :

تتولى الهيئة التى سمعت شهادة الشهود بتقدير مصاريفهم ومقابل

---

(١٩٤) المادة ١٦ من قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ •

(١٩٥) محمد حامد فهمى — بند ٦٧ ص ٤٩ •

تعطيلهم بأمر على عريضة ، ويعطى للشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه (٩٢ اثبات) .

ويلاحظ أن حكم المادة ٩٢ اثبات تتميز عن حـكم المادة ٢١٨/٢ من قانون المرافعات السابق ، بأن أجاز المشرع تقدير مبلغ يعطى للشهود كتعويض عن تعطيلهم عن أعمالهم ، فلا يقتصر الأمر اذن على تقـدير مصروفاتهم (مصروفات الانتقال والاقامة) .

ولم ينص المشرع على جواز التظلم أو المعارضة فى هذا النوع من الأوامر ، ولكننا نعتقد أن العدالة تقتضى تمكين من صدر ضده الأمر من التظلم منه ، تطبيقا للقواعد العامة ، فقد يرى من صدر ضده الأمر أنه ينطوى على خطأ أو قدر من المغالاة ، فيجب تمكينه من الطعن فيـه ، والقول بغير ذلك معناه اقرار التحكم بلا ضابط ولا حدود .

الفرع الثانى

الأوامر على العرائض

١٠٥ ـ تمهيـد :

وضع قانون المرافعات ، فى المواد ١٩٤ ـ ٢٠٠ منه ـ تنظيما عاما للأوامر على العرائض ، يعد هـذا التنظيم تنظيما عاما لكل الأعمـال الولائية .

واعتبـارا بأن الأوامر على العرائض يدخل ضـمن مقرر مـادة المرافعات بالسنة الثالثة فى كليات الحقوق، فاننا نكتفى فى هذا الخصوص بأهم القواعد التى تحكم هذه الأوامر[١٩٦] .

ونبدأ بدراسة النظام القانونى للأوامر على العرائض ثم نعقب ذلك بدراسة القوة التنفيذية لها .

---

(١٩٦) ونحيل القارىء فى التفاصيل على مؤلفنا قانون القضاء المدنى ـ ط ٢ ١٩٩٠ ، ص ١٥٧ ، بند ٩٣ وما بعدها . فضلا عن المراجع العامة فى قانون المرافعات .

أولا — النظام القانونى للأوامر على العرائض

١٠٦ — عناصر هــذا النظام :

١ — جهة الاختصاص :

يختص باصــدار الأوامر على العرائض قاضى الأمور الوقتيــة بالمحكمة المختصة (م ١٩٤ مرافعات) ، وقاضى الأمور الوقتية بالنسبة للمحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاة المحكمة ، وبالنسبة للمحكمة الجزئية هو قاضيها (م ٢٧ مرافعات)، واذا اتصل الأمر بدعوى منظورة فعلا أمام القضاء جاز للخصم الالتجاء الى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى ، وفى هذه الحالة يصدر الرئيس أمره على العريضة باعتباره قاضيا للأمور الوقتيــة • ويختص قاضى التنفيذ باصــدار الأوامر على العرائض المتعلقــة بالتنفيــذ (م ٢٧٥ مرافعات) باعتباره قاضيا للأمور الوقتية •

٢ — اجراءات الأمر على عريضة :

تبدأ اجراءات استصدار الأمر على عريضة ، بتقديم طلب يحرره الطالب ، من نسختين متطابقتين ، تشتمل على بيانات معينة ، منها : بيان وقائع الطلب وأسانيده ، والموطن المختار للطالب بالبلدة التى بها مقر المحكمة ، وتقدم العريضة مرفقة بالمستندات المؤيدة للطلب •

ويلتزم القاضى المختص — متى قدم الطلب اليه — بالاجابة على العريضة ايجابا أو سلبا وذلك فى اليوم التالى لتقديمها اليه على الأكثر ، ويصدر القاضى أمره كتابة على احدى نسختى العريضة • وتحفظ فى قلم كتاب المحكمة ، وأوجب القانون على قلم الكتاب أن يسلم الطالب النسخة الثانية من العريضة مدونا عليها صورة الأمر وذلك فى اليــوم التــالى لصدوره على الأكثر •

ولا يلتزم القاضى بتسبيب الأمر الذى يصدره ، الا اذا كان مخالفا لأمر آخر سبق أن أصدره ، ففى هذه الحالة يلتزم القاضى بتسبيب أمره الجديد والا كان باطلا •

٣ ــ التظلم من الأوامر على العرائض :

نظرا لاختلاف الأوامر على العرائض فى طبيعتها عن الأحكام القضائية فقد وضع المشرع طريقا معينا للطعن فيها ، وهو التظلم الذى يختلف عن طرق الطعن فى الأحكام القضائية ، والتظلم من الأمر على عريضة ليس الا طريقا يسلكه صاحب الشأن لمراجعة الأمر ، ويتم التظلم من الأمر اما الى القاضى الآمر واما الى المحكمة التابع لها القاضى الآمر، ويقدم التظلم اما من طالب الأمر اذا ما رفض طلبه كليا أو جزئيا ، واما من الخصم الصادر عليه الأمر وذلك على النحو التالى :

ــ **تظلم طالب الأمر** : ويتم ذلك اذا ما رفض طلبه كلية أو لم يجب القاضى الآمر كل طلبات الطالب • فتكون للطالب مصلحة قانونية فى التظلم ويكون تظلمه الى المحكمة التابع لها القاضى الآمر ، وهى بطبيعة الحال المحكمة المختصة بنظر النزاع •

ــ **تظلم الصادر عليه الأمر** : اذا كان المتظلم هو الخصم الصادر ضده الأمر ، فان التظلم اما أن يرفع الى القاضى الآمر نفسه (وهو الذى أصدر أمره دون سماع أقوال الخصم الذى أصدر ضده الأمر) واما الى المحكمة المختصة التابع لها القاضى الآمر ، الا أنه يراعى أن رفع التظلم الى القاضى الآمر يسقط حق المتظلم فى الالتجاء الى المحكمة التابع لها القاضى اذ لا يجوز أن يرفع التظلم مرتين عن أمر واحد •

وأجاز المشرع لكل من الخصوم أن يرفع التظلم تبعا للدعوى الأصلية المرفوعة أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى ، وذلك فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أثناء المرافعة (م ١٩٨ مرافعات) •

اجراءات التظلم وسلطة محكمة التظلم فى الحكم فيه :

يرفع التظلم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، سواء رفع الى القاضى الآمر أو الى المحكمة المختصة التابع لها القاضى • ولم يحدد المشرع ميعادا معينا يجب رفع التظلم خلاله ولذلك يمكن رفع التظلم فى

أى وقت ، ويلاحظ فى هذا الصدد أنه لما كان الأمر على عريضة يسقط اذا لم يتقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، فان الخصم الصادر عليه الأمر يستطيع التمسك بسقوط الأمر اذا ما عمد الخصم الآخر الذى صدر الأمر لصالحه ، الى تنفيذ الأمر بعد فوات هذه المدة .

ولجهة التظلم أن تحكم اما بتأييد الأمر أو الغائه أو تعديله (١٩٧ — ١٩٩ مرافعات) ولا تمتد سلطتها الى الفصل فى أصل الحق محل النزاع ، ذلك لأن القاضى الذى يفصل فى التظلم انما يحكم فى حدود الولاية التى كانت للقاضى الآمر عند اصدار الأمر(١٩٧) .

ويعد الحكم الصادر فى التظلم حكما قضائيا بالمعنى الفنى ، له طبيعة الأحكام الوقتية(١٩٨) ، سواء كان صادرا من القاضى الآمر أو من المحكمة التابع لها ، ويطبق على الحكم الصادر فى التظلم جميع القواعد التى تحكم الأحكام الوقتية من حيث الطعن فيها وحجيتها وقوتها التنفيذية ، ولذلك فان الحكم الصادر فى التظلم يقبل الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الأحوال باعتباره حكما وقتيا (م ٢٢٠ مرافعات) .

ثانيا — القوة التنفيذية للأوامر على العرائض

١٠٧ — النفاذ المعجل للأوامر على العرائض :

تقضى المادة ٢٢٨ مرافعات بأن الأوامر على العرائض تنفذ تنفيذا معجلا بقوة القانون فور صدورها وبغير كفالة الا اذا نص الأمر على تقديم كفالة .

---

(١٩٧) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/١٢/٦ مجموعة النقض س ١٣ ص ١٠٩٢ .

(١٩٨) راجع نقض مدنى ١٩٥٤/٢/١١ المجموعة س ٥ ص ٢٢ ، ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ ، المجموعة س ٣ ص ٦٥٥ .

وفى هذا نلاحظ أن الأوامر على العرائض لها نفس القوة التنفيذية المقررة للأحكام فى المواد المستعجلة ، ولذلك لا يمنع من تنفيذ الأوامر على العرائض كونها قابلة للتظلم منها أو حتى رغم التظلم فيها بالفعل ، وتظهر علة النفاذ المعجل للاوامر على العرائض فى أنها كثـيرا ما تأمر باتخاذ اجراء سريع وقتى أو تحفظى وهى بطبيعتها تتطلب مفاجأة من صدرت عليه هذه الأوامر مما يقتضى تنفيذها دون انتظار أو تريث . وليس أدل على هذه الطبيعة العاجلة للاوامر على العرائض من أن المشرع قد نص على ضرورة تقديمها للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها والا سقطت (وان كان هذا السقوط لا يمنع من استصدار أمر جديد اذا بقيت الحاجة اليه قائمـة طبقا لما نصـت عليه المـادة ٢٠٠ من قانون المرافعات) .

ونود التنبيه فى هـذا المقام الى أن نفـاذ الأوامر على العرائض تنفيذا معجلا ، وبقوة القانون لا يمنع المحكمة المرفوع أمامها التظلم من أن تأمر بوقف النفاذ المعجل المستند الى الأمر المتظلم منه ، وذلك اذا توافرت الشروط المطلوبة لوقف النفاذ المعجل (م ٢٩٢ مرافعات) وهى أن يطلب وقف النفاذ من المحكمة قبل تمام التنفيذ اذا كان هناك خشية من وقوع ضرر جسيم مع ترجيح المحكمة الغاء الأمر .

واذا توافرت هذه الشروط كان لمحكمة التظلم أن تحكم بوقف النفاذ المعجل المسند للأمر على العريضة المتظلم منه .

المبحث الثالث

أحـــكام المحـــكمين
Les Sentences arbitrales

المطلب الأول
فكرة التحكيم وقواعدها

١٠٧ — فكرة التحكيم وأهميته :

لم تعد القوة — كما كانت فى المجتمعات البدائية — وسيلة لاقتضاء الحقوق والدفاع عنها ، وذلك بعـــد أن تدخلت الدولة — بعد مراحـــل تاريخية طويلة — فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية وألغت ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص Justice Prive المعروف فى المجتمعات القديمة تلافيا للنتـــائج التى كان يثيرها هذا النظـــام من سيطرة القـــوى على الضعيف ، وتعكير النظام الاجتماعى واضطراب فى النظام القانونى ، وأخذت على عاتقها واجب اقامة العدالة بين مواطنيها والطارئين عليها ، فأنشأت الجهاز القضائى الذى يتولى هذه المهمة وأولته ولاية الفصل فى المنازعات كافة ، الا أن الدولة مراعاة منها لاعتبارات خاصة — يخرج على هذا الأصل العام فى حالات معينة ، ويعترف لبعض الهيئات والأفراد بقدر من الولاية القضائية .

ويمثل التحكيم صورة من هذا الخروج[١٩٩] ، اذ يعترف المشرع للمحكمين (وهم أفراد أو هيئات غير قضائية) ، بسلطة الفصل فى بعض الخصومات ، التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء ، وذلك متى توافرت شروط معينة ، وعلى هذا النحو يعد التحكيم خروجا على

---

(١٩٩) انظر تفصيلا بحثنا للمؤلف ، اتفاق التحكيم واثره على سلطة القضاء ، ١٩٨٥ ، دار الفكر العربى ، ص ١ وما بعدها ، ويلاحظ ان هناك مشروعا لتعديل قانون المرافعات تضمن العديد من التعديلات التى ادخلت على نظام التحكيم .

نظام القضاء العام الذى تتولاه الدولة عن طريق القضاء فهو يمثل نظاما خاصا للتقاضى .

والتحكيم ليس نظاما حديثا ، لأنه نظام عرف فى الأنظمة كافة ، القديم منها والمعاصر ، لأنه نظام فرضته الضرورة ، وأملته المصلحة العامة والخاصة على السواء ، تخفيفا للعبء الثقيل الواقع على كاهل المحاكم كما أنه يجنب الخصوم اجراءات التقاضى العادية الطويلة والمعقدة ، مما يؤدى الى اختصار الوقت والاقتصار فى النفقات .

١٠٨ ـ تعريف التحكيم :

والتحكيم L' arbitrage لغة هو التفويض فى الحكم ، واصطلاحا الاتفاق على عرض نزاع معين قائم ـ يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للدولة ـ على فرد أو أفراد ، أو هيئة (يطلق عليهم لفظ محكمين) للفصل فيه دون المحكمة المختصة[٢٠٠] .

والتحكيم كقاعدة عامة يكون اختياريا L' arbitrage Volontaire للأفراد ، يلجأون اليه بمحض ارادتهم فى المنازعات التى يجوز فيها الصلح الا أنه يكون فى حالات معينة اجباريا Arbitrage Forcè كما هو الحال بالنسبة للمنازعات التى تثور بين شركات القطاع العام

---

(٢٠٠) انظر محمد حامد فهمى : تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية سنة ١٩٥٢ ص ٤١ بند ٥٣ ، أبو هيف ، طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية ص ٩١ ، رمزى سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ص ٦٣ ، فتحى والى ـ الوسيط ، ص ٢٦ :

Japiot R. Traite de Procèdure Civile et Commerciale 1930. No. 976. Rubellin Devichi' L' arbitrage 1965.

P. 9. Chiovenda Istituzioni di diritto Commerciale Civile' 1960 Vol.١' No. 26.

ومحمود هاشم ـ اتفاق التحكيم ، بند ٧ .

فيما بينها ، أو بين شركة من شركات القطاع العام وجهــة حكومية أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة ، فانها تدخل فى اختصاص هيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته (المواد ٥٦ ــ ٦٩ منه) •

وقد قصد المشرع من نظام التحكيم ، تمكين الأفراد من سلوك هذا السبيل فى حل منازعاتهم دون الالتجاء الى الاجراءات العادية للتقاضى أمام القضاء ، لما تتميز به هــذه الاجراءات من بطء وتعقيــدات ، وما يستتبع ذلك من زيادة النفقات أو ضياع الوقت •

واذا كان الهدف من التحكيم ، تجنب اجراءات التقاضى العــادية فان ذلك لا يعنى ترك أو اهمال الضمانات الأساسية المقررة للخصــوم فى الخصومة العادية ، لأنه يجب على المحكمين ــ وان أعفاهم المشرع من التقيد باجراءات التقاضى العادية ــ ضرورة مراعاة هــذه الضمانات ، خاصة ما تعلق منها بمبدأ حرية الدفاع ومواجهة الخصوم[٢٠١] فضــلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بالتحكيم •

المطلب الثانى

القواعد العامة فى التحكيم

١٠٩ ــ اتفاق التحكيم :

واذا كان المشرع قد نظم قواعد التحكيم ، فانه ترك للأفراد حرية الالتجاء اليه ، وعلى ذلك فان التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخصوم ــ اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ــ على عرض النزاع على محكم واحد أو

---

(٢٠١) انظر تفصيــلا مؤلفنا ــ فى النظرية العامة للتحــكيم بند ٨١ وما بعدها .

Satta S' Diritto Processuale Civile 1950 No. 130' P. 638. Vincent et Giunchard, Procedure Civile' 1981. No. 1371, P. 1164 et Suiv.

أكثر للفصل فيه دون اللجوء الى القضاء وفقا للاجراءات العادية للتقاضي[٢٠٢] .

ويأتى الاتفاق على التحكيم Convintion d'arbierage فى احدى صورتين هما :

— مشارطة التحكيم : Compromis وتكون باتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم ، للفصل فيه بواسطة محكمين دون المحكمة المختصة[٢٠٣] .

— شرط التحكيم : Convintion d'arbitraga ويكون الاتفاق عليه كبند من بنود عقد مبرم بين الأطراف ، بشأن المنازعات المستقبلية، التى يمكن أن تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ هذا العقد ، على محكمين بدلا من الالتجاء الى المحكمة المختصة[٢٠٤] .

وقد ورد النص على قواعد التحكيم فى المواد من ٥٠١ — ٥١٣ من قانون المرافعات ، وقد تضمنت هذه المواد تحديد المسائل التى يجوز فيها التحكيم ، وما يشترط لصحة عقد التحكيم ووسيلة اثباته وطريقة تعيين المحكمين وما يشترط فيهم وغير ذلك من القواعد الخاصة بالتحكيم[٢٠٥] .

١١٠ — حكم المحكمين :

يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء ، ويجب أن يكون مكتوبا

---

(٢٠٢) رنتى — المرافعات — الجزء الثالث رقم ٢٦٣ ص ٤٤٥ .

(٢٠٣) انظر مؤلفنا — النظرية العامة للتحكيم ، بند ٢٨ .

(٢٠٤) انظر كتابنا النظرية العامة للتحكيم ص ٢٩ ، أحمد أبو الوفا مؤلفه فى التحكيم ص ٢٣ ، وجدى راغب : النظرية العامة للتنفيذ القضائى سنة ١٩٧٣ ص ١٣٢ ، انظر محمود هاشم اتفاق التحكيم ص ٢٩ ، فنسان وجنشار ، بند ١٣٥٤ ، ص ١١٥٢ وما بعدهما .

(٢٠٥) رمزى سيف — المرجع السابق بند ٨١ ص ٩٢ ، وجدى راغب المرجع السابق ص ١٢٤ .

ومشتملا على بيانات معينة ، مثل وقائع الخصومة والأسباب التى بنى عليها ، بالاضافة الى منطوقه ، وصورة من وثيقة التحكيم ، ويجب أن يشتمل الحكم كذلك على توقيعات المحكمين[٢٠٦] .

ويجب ايداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم فى قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وذلك لتمكين الخصوم من الاطلاع عليه .

ويكون حكم المحكمين ملزما لأطراف النزاع ، ولا يقبل الطعن فيه بالاستئناف (م ٥١٠ مرافعات) . وان كان من الجائز الطعن فيه بالتماس اعادة النظر أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وذلك فى الحالات التى يجوز فيها الطعن بالالتماس فيما عدا حالة واحدة هى حالة اذا « قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه » اذ تكون وسيلة الطعن فى هذه الحالة هو رفع دعوى بطلان أصلية لحكم المحكمين[٢٠٧] .

١١١ — الطعن فى حكم المحكمين بالبطلان :

واذا كان حكم المحكمين لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ، الا أنه يجوز الطعن فيه بالبطلان عن طريق رفع دعوى بطلان أصلية أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، وذلك اذا كان الحكم معيبا بأحد العيوب المنصوص عليها فى المادة ٥١٢ من قانون المرافعات ، كما لو صدر الحكم بغير وثيقة تحكيم ، أو بناء على وثيقة باطلة أو صدوره من محكمين لم تتوافر فيهم أهلية التحكيم ، أو اذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى حكم المحكمين[٢٠٨] .

---

(٢٠٦) انظر فى التفاصيل مؤلفنا — النظرية العامة للتحكيم ، بند ٢٩ وما بعده .

(٢٠٧) انظر تفصيلا فى اجراءات التحكيم وكيفية اصدار الحكم : فنصان وجنشار ، المرجع السابق ، بند ١٣٧٠ ص ١١٦٤ وما بعدها .

(٢٠٨) وقد حددت المادة ٨٢٩ من قانون المرافعات الايطالى الأسباب التى تؤدى الى رفع دعوى اصلية ببطلان حكم المحكمين .

١ ـ هل يجوز التنازل عن دعوى البطلان الأصلية ؟ :

تنص المـادة ٢/٥١٣ مرافعات على أنه لا يمنع من قبـول دعوى البطلان تنازل الخصـم عن حقه فيها قبل صدور حكم المحكمين . انما يعتد بالتنـازل اذا تم بعد صدور حكم المحكمين ولو صـدر من خصم لايعلم بالعيب الذى يعتـرى الحكم ويبطله ، الا اذا وقـع غش أو تدليس .

يتضح لنا من النص أن من حق الخصم أن يتنازل عن رفع دعوى بطلان أصلية للحكم ، الا أنه لا يعتـد بهذا التنازل الا اذا كان لاحقا لصدور حكم المحكمين ، حتى ولو صدر هذا التنازل من خصم لا يعلم بالعيب المبطل للحكم ، أما اذا كان هناك غش أو تدليس فلا أثر للتنازل عن دعوى البطلان وكذلك اذا صدر التنازل قبل صدور حكم المحكمين ، ولا يعـد مانعا من قبول دعوى البطلان الأصليـة للحكم اذا توافرت شروط قبولها .

ولم يتطلب القانون ضرورة رفع دعوى البطلان فى ميعاد معين ، ولذا يجوز رفعهـا فى أى وقت ، ولا يسقط حق الخصم فى رفعها الا بالتقادم الطويل الذى يجرى من تاريخ اعلان الحكم المشتمل على أمر التنفيذ . واذا كان حق الخصـم فى رفع دعوى البطلان لا يسقط الا بالتقادم الطويل الا أنه لا يحق للخصم رفع دعوى بطلان أصلية للحكم اذا قام بتنفيذه اختيارا وبغير تحفظ .

٢ ـ أثر رفع دعوى البطلان الأصلية :

ترفع دعوى البطلان الأصلية لحكم المحكمين بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع ، ويرتب القانون أثرا قانونيا هاما على رفع هذه الدعوى وهو وقف تنفيذ حكم المحكمين الذى رفعت الدعوى ببطلانه . فبمجرد رفع الدعوى بالبطلان يفقـد الحكم صلاحيته كسند تنفيذى وذلك ما لم تقضى المحكمة باستمرار تنفيذ الحكم برغم الطعن فيه بالبطلان (م ٥١٣ مرافعات) .

ويلاحـظ أن وقف تنفيذ حكم المحكمين ، بقوة القـانون ، لمجرد الطعن فيه بالبطلان ، يعد مخالفة لحكم القواعد العامة فى تنفيذ الأحكام القضائية بالمعنى الدقيق ، لأنه وفقا لهذه القواعد فان مجرد الطعن فى الحكم لا يوقف تنفيذه ، وانما يجوز لمحكمة الطعن بناء على طلب الطاعن أن توقف تنفيذ الحكم اذا توافـرت الشروط التى يحددها المشرع فى هذا الشأن .

واذا كان حكم المادة ٥١٤ من قانون المرافعات قد جاء مخالفا لما تقضى به القواعد العامة فى تنفيـذ الأحكام القضائية الا أنه يتفق مع طبيعة حكم المحكمين(٢٠٩) . فهو عمل قانونى يستمـد قوته من ارادة الخصوم . ومن ناحية أخرى ، فان دعوى البطلان الأصليـة لا تعتبر طريقا من طـرق الطعن فى الأحكام حتى لا يؤثر رفعهـا فى قوة الحكم التنفيذية ، واستمرار التنفيذ رغم الطعن فيه .

ولهذا فان حكم المادة ٥١٣ فى هذا الشـأن يعتبر فى رأينا أنه قد جاء متسقا مع طبيعة حكم المحكمين وطبيعة الدعوى التى ترفع ببطلانه.

---

(٢٠٩) ثار خلاف وجدل بين رجال الفكر القانونى حول طبيعة عمل المحكمين ، وهل تعد اعمالهم اعمالا قضائية أم لا ؟ وذهب البعض الى أن أعمال المحكمين تعد اعمالا قضائيـة بالمعنى الفنى (راجع رمزى سيف — المرجع السابق ص ٥٦٥ ، ابو الوفا — مؤلفه فى التحكيم ص ٢٤٠ ، فتحى والى ، قانون القضاء المدنى سنة ١٩٧٣ ص ٨٦ — ٨٩) .

بينما ذهب رأى آخر الى انها تعد أعمالا خاصة تستند الى اتفاق الخصوم (انظر كيوفندا ، نظم ، جـ ١ ص ٦٦ ، كارنيلوتى — نظم ، جـ ١ ، ص ١٧٨ — ساتا ، المرجع السابق ص ٦٣٥) .

وذهب جانب آخر من الفقه الى أنها تعد اعمالا من طبيعة خاصـة (وجدى راغب — نظرية العمل القضائى [رسالة] ص ٢٨٤) .

المطلب الثـالث

القوة التنفيـذية لأحكام المحكمين

١١٢ — الرقابة القضائية على حكم المحكمين :

رأينا أن الولاية القضائيـة ، كأصل عام ، مقررة للقضاء ، الا أن المشرع يجيـز الالتجاء الى التحكيم فى بعض المنـازعات ، مراعاة منه لاعتبارات معينة ، ولكن ذلك لا يعنى أبدا غل يد القضـاء وحرمانه من نظر هذه المنازعات • اذ أن الولاية القضائية مقررة أصلا له ، ولهذا جعل المشرع من القضاء جهة رقابة على أعمال المحكمين ، للتأكد من شرعيـة أعمالهم ، ولذا قرر المشرع أنه لا يجوز التنفيذ بمقتضى حكم المحكمين الا بعد صـدور أمر من القضاء بتنفيـذه ، فحتى يعد حكم المحـكمين سندا تنفيذيا ، يجوز التنفيذ بمقتضاه ، لابد أن يكون هنـاك أمر من القضاء بتنفيذه L' Ordonnance dèxecuatur au d' execution. ذلك لأن المشرع قد تطلب ضرورة تدخل السلطة العامة فى تكوين السند التنفيذى ، ولما كان حكم المحكمين يصدر بعيدا عن ساحة القضاء ، فقد كان من اللازم أن تتدخل السلطة العامة (القضاء) فى جعـل حـكم المحكمين سندا تنفيذيا عن طريق الأمر بتنفيذه •

ويباشر القضاء ، من خلال هذا الأمر ، رقابته على أعمال المحكمين، حتى يتحقق من سـلامتها وخلوها من العيـوب الجوهرية المبطلة لها ، وكذلك من انتفاء ما يمنع تنفيذها •

ونود التنبيه فى هذا المقام ، الى أن رقابة القضـاء — عن طريق الأمر بالتنفيذ على أعمال المحكمين ، لا تعـد رقابة موضوعية ، اذ أن القاضى لا يبحث وقائع النزاع وسلامة تطبيق القانون عليها ، وانما هى رقابة خارجية أو شكلية Contorollo estrinesco تقتصر على مجرد التحقق من أن حكم المحكمين قد استجمع شرائطه القانونية ، وأنه غير مشوب بأى عيب من العيوب المبطلة له ، مثل التأكد من صحة عقـد التحكيم ، وسلامة اجراءات التحكيم • فالرقابة اذن تقتصر على العيوب

الاجرائية فقط[٢١٠] • وتقتصر مهمة القاضى على مجرد الامتناع عن اصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ، اذا تأكد من عدم توافر الشكل الذى يوجبه القانون • فلا يعد القاضى جهة استئنافية لحكم المحكمين •

١١٣ — قوة حكم المحكمين التنفيذية :

رأينا أن حكم المحكمين لا يكون نافذا وليست له قوة تنفيذية الا بعد الأمر بتنفيذه من جانب القضاء •

ويكون الأمر بتنفيذ حكم المحكمين من اختصاص قاضى التنفيذ بالمحكمة التى أودع أصل الحكم قلم كتابها ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، تطبيقا للقواعد العامة • ويصدر القاضى أمره بالتنفيذ بعد اطلاعه على الحكم ووثيقة التحكيم ، والتأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ الحكم •

ويصدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمين فى صورة أمر على عريضة ولذلك يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ الجبرى فور صدور الأمر بتنفيذه • ذلك أن حكم المحكمين يصدر انتهائيا واجب النفاذ لأنه لا يجوز استئنافه ، الا أنه يكون لمحكمة الالتماس عند الطعن فيه بهذا الطريق أن تأمر بوقف تنفيذ حكم المحكمين •

وتجب الاشارة هنا الى أن الأمر بتنفيذ حكم المحكمين لا يغنى عن الصيغة التنفيذية المتطلبة لتنفيذ كافة السندات التنفيذية ذلك لأن الأمر بتنفيذ حكم المحكمين متطلب فقط حتى يعد حكم المحكمين سندا تنفيذيا، يجوز التنفيذ بمقتضاه اذا كانت قد وضعت عليه الصيغة التنفيذية •

---

(٢١٠) ابو الوفا — اجراءات — ص ١١٥ — ١١٧ .

المبحث الرابع
المحـــررات الموثقـــة
Les Actes Notaries

١١٤ — تمهيـــد :

تعد المحررات الموثقة سندات تنفيذية ، مثلها فى ذلك مثل الأحكام والأوامر •

ونحدد فيما يلى ماهية المحررات الموثقة ، ثم نتحدث عن القـــوة التنفيذية لها •

المطلب الأول
ماهية المحررات الموثقة

١١٥ — يقصد بالمحررات الموثقة ، فى هذا المجال ، تلك المحررات المشتملة على تصرفات قانونيـــة ، والتى يحررها الموظفون المختصـــون بتحريرها وتوثيقهـــا(٢١١) ويطلق على هؤلاء الموظفين لفظ « موثقين » Les Notaires ويترتب على ذلك أنت لا تعد سنـــدات تنفيذية الا المحررات التى يتـــم تحريرها بواسطة موظفى مكاتب التوثيـــق التابعة لوزهارة العدل •

وكان المشرع فى القانون الملغى يعبر عن هذه السندات بعبـــارة « العقود الرسمية » وقد استعاض المشرع فى القانون الجديد بحق عن هذه التسمية عبارة المحررات الموثقة ، لأنها تتسع للتصرفات القانونية كافة سواء تتم بالارادتين كالعقد ، أو تتم بارادة منفردة كالوصـــية أو الهبة • فالعقد الرسمى أضيق من أن يتسع لكافة التصرفات القانونية التى تتم بارادة منفردة(٢١٢) •

---

(٢١١) محمد حامد فهمى — المرجع السابق ص ٥٠ بند ٦٨ . ابو الوفا — اجراءات التنفيذ ، ص ٣٠٨ •

(٢١٢) وجدى راغب ، النظرية العامة للتنفيـــذ القضائى ص ١٣٨ ، امينة النمر ، التنفيذ الجبرى ، ص ١٠٨ •

ويجب لاعتبار المحرر سندا تنفيذيا أن يكون موثقا ، وسواء بعد ذلك أن يكون التصرف القانونى الذى يشمله المحرر قد تطلب فيه المشرع شكلا خاصا لانعقاده (كالرسمية بالنسبة للرهن العقارى) ، أو لنفاذه (كالتسجيل بالنسبة لبيع العقار) ، أو لم يتطلب فيه هذا الشكل اكتفاء بالرضائية فى ابرام العقود •

ونود التنبيه منذ الآن ، الى أنه ليست كل ورقة رسمية تعتبر سندا تنفيذيا ، ولو تضمنت اقرارا بحق أو تعهد بشىء ، فالمحررات الرسمية التى يحررها الموظفون العموميون من غير الموثقين لا تعتبر سندات تنفيذية مثل محاضر رجال الشرطة والنيابة العامة ، ومحاضر جلسات المحاكم والمحررات التى يحررها الخبراء ، وأوراق المحضرين ، وعقود الزواج التى يحررها المأذونون • فكل هذه الأوراق الرسمية لا تعتبر سندات تنفيذية ولو تضمنت اثبات تصرفات قانونية ، ولذا لا يكون أمام الدائن اذا أراد المطالبة بالحقوق الثابتة له فى هذه الأوراق ، الا الالتجاء الى القضاء لاستصدار الحكم بها حتى يمكن تنفيذه باعتباره سندا تنفيذيا •

ويلاحظ أنه اذا لم تكن المحررات الرسمية سندات تنفيذية ، الا أن لها قوة الأوراق الرسمية فى الاثبات وفقا للقواعد العامة فى الاثبات[٢١٣] •

وهناك فارق ـــ من ناحية أخرى ـــ بين رسمية المحرر وتسجيله ، لأن التسجيل نظام خاص لشهر التصرفات القانونية التى ترد على العقارات ، ولا أثر له بالنسبة لاعتبار المحرر سندا تنفيذيا ، وعلى ذلك فان عقد البيع الموثق يعتبر سندا تنفيذيا ولو لم يكن مسجلا ، الا أن نقل الملكية كأثر لهذا العقد ، لا يتم الا بالتسجيل ، ويمكن استخدام عقد البيع الموثق كسند تنفيذى فى تنفيذ الالتزامات الواردة به كالتسليم

---

(٢١٣) انظر حامد فهمى ، بند ٦٨ ، ص ٥١ ، فتحى والى ، التنفيذ ، ص ١١٢ •

ودفع الثمن • أما عقد البيع العــرفى ، فلا يعد سندا تنفيذيا وان كان ناقلا للملكية[٢١٤] •

واذا كانت الأوراق الرسمية التى يتم تحريرها بمعرفة موظفين من غير موثقى مكاتب التوثيق لا تعد سندات تنفيذية ، فمن باب أولى لا تعد الأوراق العرفية سندات تنفيذية حتى ولو صدق على التوقيع الوارد بها رسميا ، أو حتى حكم بصحة هذا التوقيع •

والمحررات الموثقة باعتبارها سندات تنفيــذية ، يجب أن يتوافر فيها ما يجب توافره فى السند التنفيذى بوجه عام ، بأن يكون محــل المحرر أداء قابل للتنفيذ الجبرى ، أى أن يكون التزاما يمكن اقتضاؤه جبرا[٢١٥] ، أما اذا اقتصر المحرر على مجرد تقرير الحق فلا يعد سندا تنفيذيا • وغنى عن البيــان أنه يجب أن يكون محــل الالتزام محقق الوجود ، ومعين المقدار وحال الأداء •

ولم يشترط المشرع فى محل الالتزام موضوع المحرر ســوى أن يكون أداء قابل للتنفيذ الجبرى ، وان كانت بعض التشريعات تتطلب أن يكون أداء قابلا للتنفيذ الجبرى ، وان كانت بعض التشريعات تتطلب أن أما فى مصر فلم يشترط المشرع أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود • فقد يكون شيئا آخر قابلا للتنفيذ الجبرى (كالتسليم مثلا) •

---

(٢١٤) وجــدى راغب ، المرجع السابق ص ١٣٩ • امينــة النمر — المرجع السابق ص ١٠٩ ؛ فتحى والى ، ص ١١٣ •

(٢١٥) انظر نقض مدنى ١٩٧١/١/١٩ — مجموعة احكام النقض — ٥٢٢ • فتحى والى ص ١١٣ •

(٢١٦) تراجع المادة ٣/٤٧٤ من قانون المرافعات الايطالى ، وانظر
R. edenti E' Diritto Processuale Civile Milano 1957.
VIII No. 207 P. 130.

المطلب الثانى

القوة التنفيذية للمحررات الموثقة

١١٦ - القوة التنفيذية لها :

تعد المحررات الموثقة - كما قدمنا - سندات تنفيذية بذاتها بمعنى أنه يجوز التنفيذ الجبرى بمقتضاها دون حاجة الى استصدار حكم من القضاء بتنفيذها متى كانت هذه المحررات مذيلة بالصيغة التنفيذية . وتظل هذه المحررات الموثقة صالحة للتنفيذ ما لم يحكم بتزويرها ، أو ينقضى الحق الثابت فيها بالتقادم وفقا للقواعد العامة .

والمحررات الموثقة هى وحدها التى يقضى القانون بالزام مكاتب التوثيق باعطاء أصحابها صورا من هذه المحررات عليها الصيغة التنفيذية ، ويحفظ أصل هذه السندات « المحررات » فى مكاتب التوثيق .

١١٧ - الأساس القانونى للقوة التنفيذية للمحررات الموثقة :

اختلف الفقه حول الأساس القانونى لقوة المحررات الموثقة فبرر البعض قوة هذه المحررات فى التنفيذ بأن أعمال الموثقين ذات طابع قضائى Caractere Juridictionnel [٢١٧] ذلك لأن أعمال التوثيق انما يباشرها القضاة أنفسهم أو تحت اشرافهم[٢١٨] . وكان يتولى أعمال التوثيق فى القانون المصرى القديم رجال القضاة مثل رؤساء المحاكم الكلية الشرعية أو من يندبونهم من القضاة أو الكتاب وكذلك قضاة المحاكم الجزئية الشرعية أو من يندبونهم من الكتاب . وكذلك كتاب المحاكم المختلطة[٢١٩] .

الا أن هذا الأساس لم يعد مقبولا ، وخاصة بعد أن أصبحت أعمال التوثيق تخرج كلية من يد القضاء وتدخل فى اختصاص مكاتب أنشئت

---

(٢١٧) جلاسون - مطول المرافعات ج ٤ ص ١٩ رقم ١٠٠٥ وهامش (٢) .

(٢١٨) انظر وجدى راغب - التنفيذ ص ١٤٠ .

(٢١٩) محمد حامد فهمى ، بند ص ٧٠ ، ص ٥٢ .

لهذا الغرض ، وهى مكاتب ادارية تتبع وزارة العدل وكان ذلك بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ وتولت هذه المكاتب توثيق المحررات كافة فيما عدا بعض مسائل الأحوال الشخصية مثل عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق عليها .

ولما لم يعد من المقبول تأسيس قوة المحررات الموثقة التنفيذية على طابعها القضائى ، فقد أخذ الفقه الحديث فى البحث عن أساس آخر .

— فذهب البعض[٢٢٠] الى أن أساس القوة التنفيذية للمحررات الموثقة انما يكمن فى ارادة أطراف المحرر وذلك تطبيقا للقاعدة التى تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين ، أى أن قوة المحرر الموثق انما هى اعمال لارادة الأطراف .

الا أن هذا الرأى معيب ، لأنه مع افتراض صحته ، لوجب اعتبار العقود العرفية سندات تنفيذية ، الأمر الذى لم يقل به أحد[٢٢١] .

— وأسس البعض الآخر القوة التنفيذية للمحرر الموثق على ارادة المدين ورضائه مقدما بالتنفيذ عليه بمقتضى المحرر الموثق دون حكم ، وهذه الارادة مفترضة تتوافر بمجرد اتمام اجراءات توثيق المحرر[٢٢٢] .

الا أن هذا الرأى معيب كذلك لأنه يفترض وجود ارادة المدين وقد لا توجد هذه الارادة على الاطلاق ، مما يعد خروجا على قاعدة أن الارادة لا تفترض[٢٢٣] .

---

(٢٢٠) جارسونيه وسيزار برى — المطول ص ١٤١ بند ٥٠ وهامش (١٧) .

(٢٢١) عبد الباسط جميعى — نظام التنفيذ ص ٣٢١ هامش (١) .

(٢٢٢) رد نتى — المرجع السابق ج ٣ رقم ٣٠٧ ص ١٢٨ .

(٢٢٣) كيوفندا — نظم ج ١ بند ٩١ ص ٢٨٠ ، جلاسون — المرجع السابق ص ١٩ ، فتحى والى — المرجع السابق ص ١٠٦ ، وجدى راغب ، المرجع السابق ص ١٤١ .

— وذهب جانب آخر من الفقه الى أن القوة التنفيذية للمحررات الموثقة انما تستند على الثقة فى أعمال الموثقين لأنهم ملزمون بمراعاة ما يوجبه القانون من اجراءات أثناء قيامهم بعملية التوثيق ، وهذه الإجراءات كلها انما تهدف الى تأكيد وجود الحق الثابت فى المحرر[٢٢٤]، اذ أن الموثق مطالب بضرورة التحقق من شخصية الأطراف وصفاتهم وأهليتهم وغير ذلك من اجراءات .

الا أنه يعيب هذا الرأى أن الثقة فى أعمال الموثقين ، لا يمكن أن تبلغ حد الثقة فى أعمال القاضى ومع ذلك فانه ليست لكل الأحكام القضائية القوة التنفيذية ، فضلا عن أن هذه الثقة يمكن أن تتوافر فى غير الموثقين مثل الموظفين العموميين ، الذين تقتضى أعمالهم تحرير محررات رسمية ومع ذلك لا تعتبر محرراتهم سندات تنفيذية ، وأخيرا فان الموثق يقتصر فى عمله على مجرد اثبات ابرام التصرف القانونى أمامه ولا يتعدى ذلك الى التأكد من وجود الحق أو مجرد صحته[٢٢٥] .

والحقيقة فى رأينا هى أن الأساس القانونى للقوة التنفيذية للمحررات الموثقة انما هو نص القانون فى المادة ٢٨٠ مرافعات من اعتبار هذه المحررات سندات تنفيذية بذاتها .

المبحث الخامس
محاضر الصلح والأوراق الأخرى المعتبرة سندات تنفيذية

١١٨ — تحديد :

اذا كانت الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ، تعتبر كقاعدة

---

(٢٢٤) كيوفندا — الاشارة السابقة ، جلاسون ، نفس الاشارة ، رمزى سيف ، التنفيذ ، ص ١١٤ بند ١٠٠ .

(٢٢٥) ردنتى ، المرجع السابق بند ٣٠٧ ص ١٣٠ ، فتحى والى ، المرجع السابق ص ٢٠٦ ، وجدى راغب ، المرجع السابق ص ١٤١ .

عامة سندات تنفيذية يجوز التنفيذ بمقتضاها ، فان المشرع يعترف لبعض أعمال قانونية أخرى بهذه الصفة اذا كانت تؤكد الحق ، وذلك بنص خاص ، فنجد أن المادة ٢٨٠ مرافعات وهى تنص على السندات التنفيذية قد اعتبرت محاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح ، والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة سندات تنفيذية • وفيما يلى أهم هذه الأوراق :

١ — محاضر الصلح القضائى :

يعطى القانون فى المادة ١٠٣ للخصوم الحق فى أن يطلبوا من المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، اثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ، ويوقع منهم أو من وكلائهم ، فاذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه ، ويكون لمحضر الجلسة فى الحالتين قوة السند التنفيذى ، بغير حاجة الى استصدار حكم بالتصديق على هذا الاتفاق وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لاعطاء صورة الأحكام •

يتبين لنا من ذلك أن اثبات الصلح فى محضر الجلسة وتوقيعه من الخصوم أو وكلائهم يعد سندا تنفيذيا بمجرد توقيع الكاتب والقاضى عليه ، ذلك لأن محضر الجلسة فى هذه الحالة بمثابة توثيق قضائى للصلح[٢٢٦] • ويستمد المحضر قوته القانونية من ارادة الأطراف ، ويستند فى قوته التنفيذية الى ارادة اثباته بمحضر الجلسة الذى لا يعد حكما أو أمرا من المحكمة ، ويترتب على ذلك أن محضر الصلح لا يخضع لقواعد تنفيذ الأحكام وانما يكون نافذا فورا[٢٢٧] • وقد قرر هذه الصفة لمحاضر الصلح التى تصدق عليها مجالس الصلح • ومجالس الصلح هذه استحدثها المشرع فى قانون المرافعات الجديد وذلك حتى تتولى التوفيق بين الخصوم فى الدعاوى الجزئية التى ترفع ابتداء الى

---

(٢٢٦) عبد الباسط جميعى ، نظام التنفيذ ص ٢٤٢ ؛ ابو الوفا — اجراءات — بند ٩٥ •

(٢٢٧) وجدى راغب — المرجع السابق ص ١٤٣ •

المحاكم الجزئية ، وذلك حتى يخف الضغط نسبيا عن المحاكم ، فقد نصت المادة ٦٤ على ضرورة حضور الخصوم فى الدعوى الجزئية التى ترفع ابتداء فى اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعوى أمام مجالس الصلح ، وذلك فيما عدا الدعاوى التى لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة ، ومنازعات التنفيذ .

واذا تم التوفيق بين الخصوم تنتهى المنازعة عند هذا الحد ، ويحرر المجلس محضرا يوقعه الخصوم أو وكلاؤهم ويصدق المجلس عليه ، ويكون لهذا المحضر قوة السندات التنفيذية ، ويحتفظ المحضر بقوته التنفيذية هذه الى أن ينقضى الحق الثابت فيه بالتقادم .

ونود التنبيه الى أن مهمة مجالس الصلح هى محاولة فض النزاع قبل عرضه على المحكمة وذلك بالتوفيق بين الخصوم ولا تقوم هذه المجالس باصدار أحكام لها حجيتها .

٢ — محضر بيع المنقولات المحجوزة :

يلتزم الراسى عليه المزاد — فى التنفيذ على المنقولات لدى المدين — بدفع الثمن فورا ، فاذا لم يقم بدفع الثمن فورا وجب على المحضر اعادة المزايدة على ذمته بأى ثمن كان . ويكون محضر البيع سندا تنفيذيا بفرق الثمن بالنسبة للراسى عليه المزاد واذا لم يقم باعادة المزايدة على ذمته ، التزم المحضر بفارق الثمن ، ويعتبر محضر البيع سندا تنفيذيا بالنسبة اليه كذلك (م ٣٨٩ مرافعات) .

ويتضح من ذلك أن محاضر البيع التى يحررها المحضرون انما تعد سندات تنفيذية بذاتها يجوز التنفيذ بمقتضاها فى مواجهة الراسى عليه المزاد أو فى مواجهة المحضر الذى حررها .

٣ — محضر التسوية الودية لتوزيع حصيلة التنفيذ :

اذا اتفق ذوو الشأن على تسوية ودية لتوزيع حصيلة التنفيذ وحضروا أمام قاضى التنفيذ فى الجلسة المحددة للتسوية الودية ، أثبت

قاضى التنفيذ هذا الاتفاق فى محضر يوقعه كاتب الجلسة والحاضرون ، وتكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذى (م ٤٧٦ مرافعات) .

٤ — المحضر المثبت لتعهد الكفيل :

اذا لم تقدم منازعة فى اقتدار الكفيل أو قدمت ورفضت أخذ على الكفيل فى قلم الكتاب التعهد بالكفالة ، ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذى قبل الكفيل بالالتزامات المترتبة على تعهده (م ٢٩٥ معدلة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧١) .

المبحث السادس

الأمر بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية

١١٩ — مقدمة :

من المبادىء الأصولية فى علم القانون هو مبدأ اقليمية القضاء ، بمعنى أن ولاية القضاء فى بلد من البلاد محدودة اقليميا بحدود اقليمها .

ويترتب على ذلك أن الأحكام أو الأوامر القضائية الأجنبية لا تنفذ خارج اقليم الدولة الصادرة عن قضائها هذه الأحكام أو تلك الأوامر، اذ لا تلتزم سلطات دولة معنية بتنفيذ أحكام وأوامر صادرة لها من سلطات دولة أخرى[٢٢٨] .

الا أن أعمال هذا المبدأ الأصولى على اطلاقه ، كثير ما يضر بحقوق الأفراد والعدالة ، وخاصة بعد تشعب وازدياد العلاقات التجارية بين مواطنى دول مختلفة من العالم ، الأمر الذى يقتضى ضرورة الاعتراف بقدرة الأحكام الأجنبية على التنفيذ فى بلاد غير تلك البلد الصادر عنها هذه الأحكام ، دون حاجة الى رفع دعوى مبتدأة أمام المحاكم الوطنية للدولة المراد التنفيذ باقليمها توفيرا للوقت واقتصادا فى النفقات ، وتسهيلا على الأفراد فى الحصول على حقوقهم .

---

(٢٢٨) رمزى — المرافعات ج ٣ بند ٢٦١ ص ٤٢٩ .

وتوفيقا بين هذين الاعتبارين ، تسمح معظم التشريعات بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية فى اقليمها بعد أن تتحقق السلطات القضائيـة الوطنية من خلو الأحكام والأوامر والسندات الأجنبيـة من العيوب الجوهرية التى تمنع من تنفيذ مثلها الوطنية حتى لو كانت هذه السندات الأجنبية قابلة للتنفيذ الجبرى فى اقليم الدولة التى أصدرتها .

ويتم تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية عادة فى معظم التشريعات عن طريق الأمر بتنفيذها Ordonsance de L, exequatur بواسطـة السلطات القضائية فى الدولة المراد التنفيذ فى اقليمها .

وقد تناول قانون المرافعات المصرى فى المـواد ٢٩٦ وما بعـدها اجراءات استصدار الأمر بتنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية . وبادىء ذى بدء يلاحظ أنه اذا أبرمت معاهدات خاصة بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية بين مصر وبلاد أخرى ، فان أحكام هذه المعاهدات هى الواجبة التطبيق فى هذا الشأن دون القواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات(٢٢٩) .

ونعرض فيما يلى للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعـات لتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات التنفيذية وذلك فى مطلبين .

المطلب الأول

الأمر بتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية

١٢٠ — شروط الأمر بالتنفيذ :

تنص المادة ٢٩٦ على أن الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ

---

(٢٢٩) مثل اتفاقية تنفيذ الاحكام بين الدول العربية المبرمة فى ١٩٥٣/٦/٩ وقد صدر قانون باعمال أحكام هذه الاتفاقية فى مصر هو القانون ٢٩ لسنة ١٩٥٤ ، منشـور فى العدد ٦ مكرر من الوقائع المصرية الصـادرة فى ١٩٥٤/١/٢٣ .

الأحكام والأوامر المصرية فيـه • يتضح لنا أن الأحـكام أو الأوامر الأجنبية تعامل فى مصر وخاصة فيما يتعلق بقوتها التنفيذية — بما تعامل به الأحكام والأوامر المصرية فى هذه البلاد الأجنبية ، فاذا كان قانون البلد الأجنبى لا يعترف للحكم المصرى بحجيته وقوته التنفيذية ويوجب على صاحب الحق — ان أراد — (المحكوم له) رفع دعوى جديدة بطلبه أمام محاكم هذا البلد ، أو كان يجيز تنفيذ الحكم المصرى بعد مراجعته من القضاء الأجنبى للتثبت من صحة الحكم شكلا وموضوعا ، أو كان يجيز تنفيذ الحكم المصرى دون بحث من أى نوع فان الحكم الذى يصدر من محـاكم ذلك البلد يعامل فى مصر بنفس معـاملة الحـكم المصرى فيه[٢٣٠] •

وهـذا الشرط هـو ما يعبـر عنـه بشرط المعـاملة بالمثـل derèciprocite[٢٣١] •

ويتعين على المحكمة الابتدائية ، التى رفع اليها طلب اصدار الأمر بالتنفيذ ، أن تتحقق ، بادىء ذى بدء ، من كيفية معاملة المحـاكم فى الدولة الأجنبية للأحكام المصرية التى يطلب تنفيذها فى أراضيها ، وذلك تحقيقا لشرط المعاملة بالمثل •

وأيا كانت النتائج التى يؤدى اليها شرط المعاملة بالمثل فانه لابد للمحكمة الابتدائية من أن تتحقق وتتثبت من خلو الحكم المراد تنفيذه فى مصر من العيوب الجوهرية التى تحول دون تنفيذه[٢٣٢] • وتطبيقا لذلك

---

(٢٣٠) انظر محمـد فهمى ، بند ٧٤ — ص ٥٥ ، ٥٦ ، أبو الوفاء ، اجراءات ص ٢١٥ بند ٩٨ •

(٢٣١) ينظر فى تفاصيل ما الشرط وما يقتضيه من نتائج المراجع العامة فى القانون الدولى الخاص ، مثل مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله فى القانون الدولى الخاص ، والدكتور محمد عبد المنعم رياض فى مبادىء القانون الدولى الخاص ، ومؤلف الدكتور هشام صادق فى الدولى الخاص ، وأبو الوفا — اجراءات — ص ٢١٦ ، ٢١٧ •

(٢٣٢) حامد فهمى بند ٧٨ ص ٥٨ •

نصت المادة ٢٩٨ على أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعـد التحقق مما يأتى ... » .

وقد عددت المادة الشروط الواجب توافرها لاصدار الأمر بالتنفيذ، وهذه الشروط هى ما يطلق عليها فقه القانون الدولى الخاص بالشروط الشكلية أو الخارجية وهى :

ــ أن يكون الحكم أو الأمر صادرا من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذى صدر فيه[٢٣٣] .

يلزم أن يكون الحكم أو الأمر المراد تنفيذه فى مصر صـــادرا من هيئة قضائية باسم دولة أجنبية ، وأن يكون الحكم صادرا بطبيعة الحال فى مادة من مواد القانون الخاص ، فلا يعتد بحكم صادر فى مادة جنائية أو ادارية ، كما يلزم أن تكون الهيئة القضائية الأجنبية مختصة باصدار الحكم وفقا لقانون البلدالذى صدر فيه، وكذلك وفقا لقواعدالاختصاص وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص المقررة فى التشريع المصرى ، اذ أن هذه القواعد من النظام العام ويجب على القاضى أن يتأكد من عـــدم مخالفة الحكم المراد تنفيذه فى مصر لقواعد النظام العام فى مصر[٢٣٤] .

أى يجب ألا تكون المحاكم المصرية هى المختصة وحدها بنظرالنزاع بحسب نصوص القانون المصرى ، فاذا كانت الخصومة الصـــادر فيها الحكم الأجنبى ، كان من الواجب رفعها فى مصر طبقا للقانون المصرى ، فلا يجوز تنفيذ الحكم الصـــادر فيهـــا من محكمة أجنبيـــة ، ذلك لأن اختصاص القضاء المصرى ينفى بالضرورة اختصاص القضاء الأجنبى ، وعلى القضاء المصرى أن يحمى ولايته من الاعتداء عليها من قبل القضاء الأجنبى وذلك بالامتناع عن تنفيذ الحكم الأجنبى[٢٣٥] .

---

(٢٣٣) انظر نقض مدنى ١٩٦٤/٧/٢ السنة ١٥ ص ١٠٩ .

(٢٣٤) أبو الوفا بند ١٠٠ ، ص ٢١٩ ومابعدها .

(٢٣٥) جلاسون ــ المطول ــ جـ ٤ ص ٤٨ ، عبـــد المنعم الشرقاوى بند ٧٢ .

وتجدر الاشارة هنا الى أن المقصــود من اعتبار الاختصاص من النظام العام بالنسبة للمحاكم المصرية هو منع أى اتفاق من شأنه نزع اختصاص القضاء المصرى لعقد الاختصاص لمحكمة أجنبية ، وكل اتفاق على ذلك لا يعتد به ، وليس المقصود أن يكون الاختصاص بكل الدعاوى المشار اليها فى المواد ٢٨ وما يليها للمحاكم المصرية وحدها ، لأن ذلك لم يقصده المشرع المصرى فقد رأينا المادة ٣٠ مرافعات تعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقد أبرم أو نفذ ، أو كان مشروطا تنفيذه فى مصر ، فان هذه المادة تسلم باختصــاص المحــاكم الأجنبية بنظر الدعاوى والتى تتعلق بعقد أبرم فى اقليم الدولة الأجنبية ولو نفذ فى مصر ، ومن ثم لا يتصور أن تمتنع المحاكم المصرية عن تنفيذ الحكم الأجنبى الصادر فى مثل هذه الدعاوى لأنها لا تختص وحدها بمثل هذه الدعاوى . وبنفس المعنى تقرر الفقرة التاسعة من المادة ٣٠ مرافعات والخاصة بتعدد المدعى عليهم وتعدد محال اقامتهم فى دول مختلفة فيكون الحكم الصادر من محاكم أية دولة من هذه الدول يكون صادرا عن محكمة مختصة[٢٣٦] .

فالمهم اذن ، أن يكون الحكم المراد تنفيذه فى مصر صادرا فى مادة لا تدخل فى اختصاص القضاء المصرى وحده[٢٣٧] . وأن يكون صــادرا من محكمة مختصة اختصاصا عاما وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص ، المقررة فى تشريع البلد الأجنبى ، الذى صدر فيه الحكم ، ولكن لا يلزم أن يكون الحكم صادرا من محكمة أجنبية مختصة نوعيا ومحليا باصداره، اذ أن مخالفة قواعد الاختصاص الداخلى لا تؤدى الى عدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبى ، بل ان الذى يؤدى الى ذلك هو المخالفة التى تجعــل

---

(٢٣٦) انظر احمد أبو الوفا — اجراءات الاشارة السابقة .

(٢٣٧) مثــل الحكم الصادر فى دعوى متعلقة بعقار أو منقول فى مصر او تركة تنشأ عن واقعة حدثت فى مصر (م ٢/٣٣٠) أو متعلقة بتركة افتتحت فى مصر الا اذا كان بين التركة عقار موجود فى الخارج (٣١ مرافعات) .

الحكم عديم القيمة في بلد القاضي الذى أصدره[٢٣٨] .

— أن يكون الحكم حائزا لقوة الشيء المحكوم به وفقا لقانون البلد الذى صدر فيه أى يكون الحكم غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية .

— أن يكون الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا بمعنى أن تكون الخصومة قد انعقدت صحيحة وفقا لقانون البلد الأجنبى، وأن يكون الخصوم قد مثلوا تمثيلا صحيحا[٢٣٩] وأتيحت فرصة الدفاع للخصوم وغير ذلك من اجراءات .

— ألا يكون الحكم أو الأمر متعارضا مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم المصرية :

وحكمة هذا الشرط واضحة وهى أن الحكم المصرى يكون أولى بالحجية والنفاذ من الحكم الأجنبى متى كان الحكمان قد صدرا فى دعوى واحدة ، أى متى اتحد الموضوع والسبب والخصوم فى كلا الدعويين ، ويعمل بهذا الشرط فى الدعاوى التى يختص بها القضاء المصرى مع القضاء الأجنبى .

ويلاحظ أن مشروع القانون الملغى كان يشترط فى المادة (٥١٠/٤) الا يكون النزاع قد رفع بالفعل الى القضاء المصرى ، اذا كان الاختصاص مشتركا بين القضاء المصرى والقضاء الأجنبى ، الا أن لجنة التشريع بمجلس النواب قد اقترحت حذف هذا النص ، ولم تبد سببا لاقتراحها هذا ، وترتب على حذف هذا النص أن مجرد رفع النزاع الى المحاكم المصرية لا يحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر ، وانما يحول دونه سبق صدور حكم مصرى على خلاف الحكم الأجنبى [٢٤٠] .

---

(٢٣٨) أبو الوفا ص ٢٥٥ .

(٢٣٩) نقض مدنى ١٩٦٤/٧/٢ — المجموعة ١٥٠ ص ٩٠٢ .

(٢٤٠) محمد حامد فهمى ، ص ٦٠ هامش رقم (٢) .

الا أن هناك رأيا فى الفقه[٢٤١] يرى أن الشرط الذى نصت عليه المادة ٤٩٣/٣ من القانون الملغى (م ٢٩٨ من القانون الحالى) يقتضى فى ذاته الامتناع عن اصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى اذا كانت الدعوى قد رفعت بالفعل بالموضوع نفسه الى القضاء المصرى ، اذ يعتبر بذلك أنه قبل الخضوع لهذا القضاء • ولا يقدح فى هذا الاتجاه أن يكون المشرع قد ألغى هذا الشرط ، لأنه لعله قد ألغاه باعتباره تطبيقا لقاعدة عامة وهى أن رفع الدعوى أمام القضاء المصرى تجعله مختصا بنظرها ولا يؤثر على هذا الاختصاص سبق صدور حكم أجنبى فى الموضوع •

ومن جانبنا نحن فاننا نرى أن القول بأن الشرط المنصوص عليه فى المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات يقتضى فى ذاته الامتناع عن اصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى اذا كانت الدعوى قد رفعت بالفعل أمام القضاء المصرى وصدر فيها حكم قضائى بالفعل أمام القضاء المصرى وصدر فيها حكم قضائى بالفعل ، لأن القول بغير ذلك يخالف صراحة النص ، اذ أن المشرع قد أراد تفضيل حكم مصرى سبق صدوره على حكم أجنبى يتعارض معه • ولم يشأ المشرع الابقاء على اختصاص القضاء المصرى بدعوى صدر فيها حكم أجنبى بالفعل • والقاعدة أنه لا اجتهاد مع النص وصراحته ، فضلا عن أن اعتبارات العدالة تقضى بالامتناع عن السير فى خصومة ، صدر فيها حكم من محكمة مختصة توافرت بشأنه كافة الشروط اللازمة لتنفيذه ، وتكون له حجية الأحكام المصرية ، وأخيرا أن المحكوم عليه قد يستغل هذه الثغرة عامدا لمنع تنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر بمبادرته برفع دعوى جديدة أمام المحاكم المصرية فى ذات الموضوع قبل شروع المحكوم له فى استصدار الحكم الأجنبى •

والخلاصة أنه لا يمنع من الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى الاسبق

---

(٢٤١) عبد المنعم الشرقاوى بند ٧٢ ، ص ١٠٠ ، هامش (١) ، مشار اليه فى : أبو الوفا ص ٢٢٣ هامش (٢) •

صدور حكم مصرى يتعارض معه ، ولكن هل يشترط أن يكون الحكم المصرى حائزا لقوة الشىء المحكوم فيه أى غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن العادية أم يكفى لمنع الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى مجرد سبق صدور الحكم المصرى ولو كان قابلا للطعن فيه أو مطعونا فيه بالفعل ؟ فى رأينا يجب أن يكون الحكم المصرى قد حاز قوة الشىء المحكوم فيه حتى يمكن اهدار الحكم الأجنبى . أما اذا كان الحكم المصرى قابلا للطعن فيه بالاستئناف أو مطعونا فيه ولم يصدر فيه حكم، وجب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى متى توافرت شروط الأمر بتنفيذه لأنه فى هذه الحالة يكون له الحجية الكاملة المقررة للأحكام المصرية[٢٤٢].

الا يتضمن الحكم أو الأمر الأجنبى ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام فى مصر :

والحكمة فى ذلك واضحة ، وهى أن القضاء المصرى مطالب بحماية الآداب العامة وقواعد النظام العام ، ومن واجبه الامتناع عن الأمر بتنفيذ حكم أو أمر أجنبى يتعارض مع الآداب العامة والنظام العام فى مصر ، والعبرة فى اعتبار ما يعد من النظام العام وما لا يعد بالقانون المصرى .

١٢١ — اجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ والمحكمة المختصة وسلطتها :

١ — اجراءات استصدار الأمر :

يقدم طلب استصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى ، بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، أو الصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة مبين بها البيانات العامة لصحف الدعاوى المقررة فى المادة ٦٣ مرافعات على أنه يجب أن تشتمل على بيان كاف عن الحكم المراد تنفيذه ، وأن يرفق بصحيفة الدعوى صورة رسمية من هذا الحكم .

---

(٢٤٢) انظر محمد حامد فهمى هامش (٢) . ابو الوفا ص ٢٢٧ — ٢٣١ .

٢ — المحكمة المختصة :

تختص نوعيا بنظر الدعوى بطلب تنفيذ الحكم الأجنبى المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمة الحق الصادر به الحكم المراد تنفيذه ، وذلك بالنظر لدقة وأهمية المسائل التى تثار بمناسبة اصدار الأمر .

وتختص محليا بنظر الدعوى المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ بدائرتها ولو كان للمدعى موطن أو محل اقامة فى مصر .

٣ — سلطة المحكمة فى اصدار الأمر بالتنفيذ :

بعد أن أوضحنا الشروط الواجب توافرها فى الحكم الأجنبى حتى يمكن تنفيذه فى مصر ، فهل تلتزم المحكمة باصدار الأمر بالتنفيذ دون مراجعة موضوع الحكم الأجنبى أم لا ؟ متى توافرت الشروط المتقدمة ترجع المحكمة الى قانون بلد الحكم الأجنبى فاذا كان يوجب فحص الموضوع عند تنفيذ الأحكام المصرية فانها — اعمالا لشرط المعاملة بالمثل — تفحص أيضا موضوع الحكم أو الأمر الأجنبى الصادر من هذا البلد الأجنبى،وان كان قانون البلد الأجنبى يسمح بتنفيذ الأحكام المصرية دون مراجعتها موضوعيا فان أحكام هذا البلد يؤمر بتنفيذها دون هذه المراجعة الموضوعية .

الا أنه — مع ذلك — يلاحظ أن المحكمة المصرية عند نظر طلب الأمربتنفيذ الحكم الأجنبى فى مصر لا تملك الفصل فى طلب جديد لم يقدم الى المحكمة الأجنبية أو قدم ولم تفصل فيه هذه المحكمة . ويشبه الفقه الفرنسى سلطة المحكمة الوطنية بسلطة المحكمة الاستئنافية فى هذا الصدد (٢٤٣) .

الخلاصة هى أن المحكمة الابتدائية تملك اصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى متى توافرت الشروط السابق ذكرها ، وتملك أيضا رفض اصدار الأمر فى حالة عدم توافر الشروط المتقدمة ، ولا تملك المحكمة الفصل فى موضوع النزاع بحكم آخر .

---

(٢٤٣) أبو الوفا ص ٢٣٤ بند ١٠٢ .

تسرى الأحكام السابقة على أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى بشرط أن يكون الحكم صادرا فى مسألة يجوز فيها التحكيم طبقا للقانون المصرى (م ٢٩٩) وبشرط أن يكون حكم المحكمين قد استوفى الشكل القانونى الذى يوجبه قانون البلد الأجنبى الذى صدر فيه الحكم ، وألا تكون المحاكم المصرية هى وحدها المختصة بنظر النزاع موضوع حكم المحكمين حتى لا يمس النظام العام فى مصر (٢٤٤) .

المطلب الثانى

الأمر بتنفيذ السندات الرسمية الأجنبية

يقضى القانون بأن السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة فى مصر (م ٣٠٠) (٢٤٥) .

وهكذا يتضح أن المحررات الموثقة الأجنبية تعامل بالنسبة لتنفيذها فى مصر بنفس المعاملة التى تعامل بها المحررات الموثقة المصرية فى الدولة الأجنبية . فاذا كان قانون البلد الأجنبى يجيز تنفيذ المحررات الموثقة المصرية بغير مراجعة للحق الثابت فيها ، فانه يجوز لطالب تنفيذ المحرر الموثق الأجنبى أن يستصدر أمرا بتنفيذه فى مصر بدون حاجة الى رفع دعوى لاستصدار حكم يقرر حقه .

وعلى خلاف الأحكام والأوامر الأجنبية ، يقدم طلب تنفيذ المحرر

---

(٢٤٤) قارن المادة ٨٠٤ من قانون المرافعات الايطالى حيث يقتصر النص على العقود الرسمية .

(٢٤٥) يختص باصدار الأمر بتنفيذ العقود الرسمية الأجنبية فى ايطاليا أيضا محكمة الاستئناف المراد التنفيذ فى دائرتها ، أنظر المادة ٨٠٤ مرافعات.

الموثق الأجنبى بعريضة الى قاضى التنفيذ المراد التنفيذ فى دائرته[٢٤٦]، وعلى قاضى التنفيذ أن يتحقق قبل اصدار أمـــره بالتنفيذ من تـــوافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وقابليته للتنفيذ ، طبقا لقانون البلد الذى تم فيه ، ومن خلوه مما يخالف الآداب والنظام العام فى مصر .

وأذا كان الأمـــر بتنفيذ الســـند الرسمى الأجنبى يتم بأمر على عريضة ، فانه يجوز لمن صدر الأمر عليه أن يتظلم منه الى القاضى الآمر أو المحكمة المختصة ، وهى المحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع طبقا لقواعد التظلم فى الأوامر على العرائض .

---

(٢٤٦) أبو الوفا بند ١٠١ ص ٢٣١ — ٢٣٧ .

الباب الثالث

سبب التنفيذ

مقدمات التنفيذ

- فكرة سبب الحق في التنفيذ
- مقدمات التنفيذ

١٢٣ – تحديد وتقسيم :

ينبغى علينا فى هذا الباب أن نبين المقصود بسبب الحق فى التنفيذ، وتحديدا السبب المؤدى الى استعمال هذا الحق ومباشرته فعلا . ثم نحدد بعد ذلك وسيلة اثبات هذا السبب ، اعتبارا بأن المشرع لم يترك اثبات توافر هذا السبب لمطلق تقدير الخصم مباشر الاجراءات ، وانما حدد سلفا الوسيلة التى يتم بها اثبات توافر هذا السبب ، وتتمثل هذه الوسيلة فى اتخاذ مجموعة من الاجراءات ، تسبق اجراءات التنفيذ ، وهى التى تعرف بمقدمات التنفيذ .

وعليه ينقسم هذا الباب الى فصلين : نبين فى الأول حقيقة السبب المؤدى الى مباشرة الحق فى التنفيذ ، وتخصص الثانى لمقدمات التنفيذ .

الفصـــل الأول

فكرة ســبب الحق فى التنفيذ

١٢٤ – عدم الاتفاق على فكرة موحدة للسبب :

كثيرا ما يستخدم اصطلاح السبب Cause فى لغة القانون ، وفى فروع القانون كافة ، الخاص منه والعام ، فيتحدث فقهاء القانـــون الخاص عن سبب الالتزام La Cause de L' odligation ، أو سبب العقد Cause de la Contuat ويتحدث فقهاء القانون العام عن سبب القرار الادارى .

كما يستخدم السبب فى كثير من قواعد القانون الاجرائى ، فيتحدث فقهاء هذا القانون عن سبب الدعوى ، أو سبب الادعاء ، ويتحدثون عن السبب عند الحديث عن فكرة الحجية ، وعن الاحالة ، وعند تقدير قيمة الدعوى كمحدد للاختصاص ، وغيرها .

وبالرغم من كثرة استخدام اصطلاح السبب وشـيوعه فى فروع القانون كافة ، فان الفقهاء لم يتفقوا على مفهوم محدد له ، مفهوما واحدا واضحا يمكن الوقوف عنده عندما يعرض اصطلاح السبب . بل تعددت فكرة السبب بتعدد المواضع التى استخدم فيها ، فهـو فى كل موضع يتخذ مدلولا معينا ومفهوما خاصا .

ولقد ساعد على ذلك عدم تنظيم المشرع فى كثير من الأنظمة لفكرة السبب ، تاركا ذلك لجهود الفقه وتقدير المحاكم .

١٢٥ — فكرة سبب الحصر فى التنفيذ :

واذا انتقلنا الى مجال التنفيذ ، لنتحدث عن فكرة سبب التنفيذ ، لوجدنا خلافا كبيرا بين الفقهاء فى هذا الخصوص .

حيث يذهب البعض[٢] أن سبب التنفيذ يتمثـل فى معنين أحدهما موضوعى وهو الحق المطلوب اقتضاؤه ، وثانيهما شكلى يتمثل فى سـند هو السند التنفيذى . بينما يذهب البعض الآخر[٣] الى أن سبب الحق

---

(١) يراجع فى فكرة السبب :

— عزمى عبد الفتاح : اساس الادعاء أمام القضاء المدنى ، الكويت ، ط : ب ١٩٨٧ ، هشام صادق المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القـاضى فى تغييره . مجلة المحاماه ، نشرة ابريل ١٩٧٠ ، نبيل اسماعيل عمر ، سببه الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف ١٩٧٨ الاسكندرية

Gilli ,sean - Paul, la Cause Juicligue de la demande en Justice, L. G. D.J 1962,

بالاضافة الى المراجع العامة فى فروع القانون المختلفة ، والمراجع المتخصصة فى بعض موضوعات قانون المرافعات مثل حجة الأمر المقضى وغيرها . انظر مؤلفنا فى قانون القضاء المدنى ، ج ٢ — ط ١ — ص ٤٥ بند ٢٤ والمراجع التى اشرنا اليها .

(٢) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، المبادىء العامة فى التنفيذ ، ١٩٧٨ ، ص ٦٤ وما بعدها ، ومن هذا الرأى عزمى عبد الفتاح ، التنفيذ ، ص ١٥٩/١٦٠ .

(٣) أبو الوفا ، اجراءات ، بند ٢ ، ص ١١ .

فى التنفيذ هو الواقعة القانونية . مصدر الحق المراد التنفيذ وفاء له ، على حين يذهب الرأى الآخر الى اعتبار السند التنفيذى فى ذاته سببا للحق فى التنفيذ[٤] .

والحقيقة أن سبب الحق فى التنفيذ الجبرى (أو القضائى) يؤخذ بأحد معنين ، الأول وهو ما تحدثنا عنه فيما سبق ، ويتمثل فى الأساس القانونى الذى أدى الى قيام الحق فى التنفيذ فى ذاته . ويتوافر هـذا المعنى فى السند التنفيذى ، فهو المصدر المنشىء للحق فى التنفيذ .

أما المعنى الثانى للسبب ، فهو السبب المؤدى الى مباشرة الحق فى التنفيذ فعلا ، أى السبب المؤدى الى اتخاذ اجراءات التنفيذ القضائى ، استعمالا للحق فى التنفيذ . وبعبارة أخرى يتمثل فى الواقع الى استعمال الحق فى التنفيذ .

فوجود السنـد التنفيذى بذاته ، مستكملا لعنصريه ، لا يكفى لاستعمال الحق فى التنفيـذ القضـائى ، أى لا يكفى للبدء فى اتخـاذ اجراءات التنفيذ ، وانما لابد أن تكون هناك ضرورة تستوجب اتخـاذ هذه الاجراءات ، أى تستوجب الاستعانة بنشاط القضاء للحصول على حمايته التنفيذية .

وتتمثل هذه الضرورة فى الاعتداء على الحق الموضوعى الذى أكده السند التنفيذى ، أى تتمثل فى عدم الوفاء به Lmpyonevt ، أو فى عدم التنفيذ الاختيارى[٥] .

وعليه يكون سبب الحق فى التنفيذ القضائى هو الواقعة أو الوقائع التى تؤدى الى الاستعانة بالقضاء طلبا لحمايته ، أى فى الاعتداء على

---

(٤) فتحى والى ، ص ٢٨ ، بند ١٥ . قارن ماهر زغلول ، ص ١٠ .

(٥) فى هذا المعنى ابو الوفا ، ص ١٢ ، بنـد ٢ ، حيث يقـرر أن : « سبب الحق فى التنفيذ الجبرى هو الامتناع عن الوفاء » قارن ماهر زغلول ، الاشارة السابقة .

الحق — موضوع السند التنفيذى — والذى لا يستطيع من بيده هـذا السند رد هذا الاعتداء بوسائله الذاتية •

فحيث أن الدعوى ، لا تقبل أمام القضاء ، الا بتـوافر المصلحة القانونية والقائمة ، فان الحق فى التنفيذ القضائى لا يباشر ، الا بتوافر هذه المصلحة القانونية والقائمة ، وتتمثل المصلحة القانونية بالنسبة للحق فى التنفيذ فى وجود السند التنفيذى ، فى ذاته ، مستجمعا لشرائطه • أما المصلحة الواقعية فتتمثل فى الاعتـداء على الحق المؤكد فى السـند التنفيذى ، والذى يتخذ دائما صورة عدم الوفاء بالحق ، أى عدم التنفيذ الاختيارى • وذلك أيا كان السبب فى عدم الوفاء •

وعلى ذلك اذا كان بيد الدائن سند تنفيذى بحقه ، ثم قام المدين بالوفاء به ، أو كان الحق الثابت بالسند التنفيذى قد انقضى لأى سبب من الأسباب ، فانه لا يجوز اتخاذ اجراءات التنفيذ القضائى وفاء لهذا الحق •

الفصل الثانى

مقـدمات التنفيـذ

١٣٦ ــ تحـديد :

واذا كان عدم الوفاء الاختيارى بالحق الثابت فى السند التنفيذى يعد سببا لاتخاذ اجراءات التنفيذ القضائى ، فان المشرع لم يترك أمر اثبات هذا السبب محكوما بالقواعد العامة ، من حيث وسـيلته ، ومن حيث وقت تقديمه ، وانما نظم المشرع وسيلة اثبات هـذا السـبب ، وأوجب أن تتم بطريقة رسمية تتمثل فى اعلان المدين بالسند التنفيذى • كما حدد الوقت الذى يجب أن يتم فيه وهـو قبل البـدء فى اجراءات التنفيذ بوقت حدده • وذلك لخطورة الآثار القانونية والواقعيـة التى تترتب على اتخاذ اجراءات التنفيذ دون أن يتوافر السبب فى اتخاذها ثم يأتى تأكيد ذلك فى طلب مكتوب موقع من الدائن باتخـاذ اجراءات التنفيذ الجبرى ضد المدين الذى سبق اعلانه رسميا بالسند التنفيذى وتم تكليفه بالوفاء ، ورغم ذلك لم يف بما هـو مطلوب منه فى ميعـاد التنفيـذ ••

ويتحدث الفقه عن تلك الأعمال التى يجب أن تتم قبل البـدء فى التنفيذ ، تحت مسمى « مقومات التنفيذ »[1] ، وهى تلك الأعمال التى يجب توافرها ، اثباتا لتوافر ركن السـبب فى الحق فى التنفيـذ • فما المقصـود بهذه المقدمات ، وما هى هذه المقـدمات ؟ وهل من المتصور التنفيذ بغيرها فى حالات معينة ؟ •

هذا هو ما سنحاول الاجابة عليه فى المباحث التالية :

---

(١) ويطلق عليها الفقه الايطالى الاجراءات الاجراءات السابقة على التنفيـذ

المبحث الأول

تعـــريف مقدمات التنفيـــذ

١٢٧ — لا يكفى لامكان التنفيذ القضائى أن يكون بيد الدائن سند من السندات التنفيذية ، وانما يشترط لحدوثه أن تتحقق قبل البدء فى السندات التنفيذية ، وانمـــا يشترط لحدوثه أن تتحقق قبل البـــدء فى التنفيذ وقائع قانونية معينة[٢] • وهذه الوقائع القانونية تعـــد لازمة لمباشرة التنفيذ والا كان التنفيذ باطلا • أو فى ذلك تنص المادة ٢٨١ على أنه « لا يجب أن يسبق التنفيذ اعلان السند التنفيذى •••

ولا يجوز اجراء التنفيذ الا بعد مضى يوم على الأقل من اعلان السند التنفيذى » •

واذا كانت مقدمات التنفيذ لازمة لمباشرة التنفيذ القضائى ، فانها لا تعد جزءا منه ، ولا تدخل فى تكوينه[٣] ، وبالتـــالى لا يطبق عليهـــا ما يطبق على اجراءات التنفيـــذ اذ أن كل منها يخضع لنظـــام قانونى مختلف عن الآخر ، وعلى ذلك فان :

(ا) مقدمات التنفيذ ليست جزءا من اجراءات التنفيذ :

ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — يختص قاضى التنفيذ بالفصل فى جميع منازعات التنفيـــذ موضوعية كانت أم وقتية ، ولما كانت مقدمات التنفيذ لا تعد من اجراءات

---

(٢) انظر وجدى راغب ص ٣١ •

(٣) وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٣٤ ، ابو الوفا ، اجـــراءات ص ٣١ بند ١٤٤ ، فتحى والى — التنفيذ الجبرى فى القانـــون اللبنانى سنة ١٩٦٩ بصفحة ٢٤٣ بند ١٢٣ ، امينة النمر ، التنفيذ الجبرى ، سنة ١٩٧١ ، ص ٢٢٧ ، قوانين المرافعات ، ج ٣ ، بند ٢٠٦ رمزى سيف — ص ٣٦ — عبد الباسط جميعى ، نظام ص ٣٦٦ ، عبد المنعم حسنى — منازعات التنفيذ سنة ١٩٨٨ ، ص ١٤٥ بنـــد ١٠٢ ملحق مجلة المحـــاماة ، ماهر زغلول ، بنـــد ١٣٥ •

التنفيذ ، فان قاضى التنفيذ — كأصل عام — لا يختص بالفصل فى المنازعات التى تثور بشأن هذه المقدمات فالمنازعات الخاصة بالقوة التنفيذية للأحكام أو الأوامر لا تدخل فى اختصاص قاضى التنفيذ ، وانما يختص بها القضاء الموضوعى . أما المنازعات التى تثور بشأن تسليم الموظف المختص للصورة التنفيذية للسند الى الدائن فيختص بها قاضى الأمور الوقتية أو المحكمة التى أصدرت الحكم (مواد ١٨٢، ١٨٣ مرافعات) .

٢ — تكون مقدمات التنفيذ واحدة بالنسبة لجميع أنواع التنفيذ[٤] فلا تختلف باختلاف نوع التنفيذ ، ولا باختلاف الأموال التى يرد التنفيذ عليها ، عقارات كانت أم منقولات .

٣ — لا يترتب على تحقق اجراءات مقدمات التنفيذ الآثار القانونية التى يرتبها المشرع على القيام باجراءات التنفيذ ، وتطبيقا لذلك ، فان الدائن الذى يقوم باتخاذ اجراءات التنفيذ على أموال المدين أولا ، يعد الحاجز الأول حتى ولو سبقه دائن آخر فى اتخاذ مقدمات التنفيذ ، طالما كان الأخير قد تأخر فى القيام باجراءات التنفيذ ، ويترتب على ذلك أن الدائن المتأخر يتحتم عليه التدخل فى الحجز الأول ويتابع الاجراءات التى يباشرها الحاجز الأول .

٤ — اذا كان الدائن بيده سند تنفيذى واحد ثم اضطر الى التنفيذ على أموال متعددة لمدينه ، فان الدائن يستطيع أن يباشر التنفيذ لعدة مرات على أموال مدينه منقولات أو عقارات — حتى يستوفى حقه الوارد فى السند التنفيذى دون أن يلتزم بتكرار اعلان السند التنفيذى بمناسبة قيامه بكل تنفيذ مستقل .

---

(٤) كوستا — المرافعات بند ٣٨١ ص ٥٠٨ . فتحى والى — المرجع السابق ص ٢٤٣ . أبو الوفا — اجراءات ص ٣٢١ وانظر كذلك :

٥ — اذا حدد المشرع مواعيدا معينة يجب انقضاؤها قبل مباشرة التنفيذ وبالتالى يمتنع على الدائن القيام بالتنفيذ قبل مضى هذه المواعيد ، فان هذا المنع لا يسرى على مقدمات التنفيذ ، فهذه يجوز اتخاذها فى أى وقت[٥] . ولو كان ذلك خلال الأجل الممنوع التنفيذ فيه . اذ أن مقدمات التنفيذ لا تدخل ضمن اجراءات التنفيذ[٦] .

٦ — من الممكن القيام باجراءات مقدمات التنفيذ بحضور الدائن وقت اعلان السند التنفيذى للمدين ، وفى هذه الحالات لا يسرى النص المانع من توقيع الحجز فى حضور الدائن (طالب التنفيذ) ذلك لأن مقدمات التنفيذ لا تعتبر تنفيذا .

٧ — لا يلتزم الدائن عند اتخاذ مقدمات التنفيذ ببيان الميعاد الذى يوقع فيه الحجز أو مكان توقيعه أو المال الذى يرد التنفيذ عليه أو حتى نوع التنفيذ المراد اتخاذه[٧] .

٨ — بطلان اجراءات التنفيذ لا يؤدى الى بطلان مقدمات التنفيذ .

(ب) مقدمات التنفيذ تعد مفترضا لازما للتنفيذ وصحته :

ويترتب على ذلك ما يلى :

١ — لا يجوز البدء فى اتخاذ اجراءات الحجز الا بعد استيفاء هذه المقدمات والا كانت باطلة . ولا يصححها اتخاذ اجراء مقدمات التنفيذ بعد ذلك .

---

(٥) رمنتى — جـ ٣ بند ٢١١ ص ١٥١ . رمزى سيف ، بند ٢٠٣ .

(٦) فمثلا نص المشرع على سقوط الأمر على عريضة اذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره مما يؤدى الى سقوط الأمر على عريضة اذا لم يقدم للتنفيذ خلال الميعاد ولو قام الصادر له الأمر باتخاذ مقدمات التنفيذ فى الميعاد .

(٧) أحمد أبو الوفا ص ٣٢١ .

٢ — ان بطلان اجراءات مقدمات التنفيـذ يستتبع حتما بطـلان اجراءات التنفيذ المتخذة بناء عليها .

يتضح مما تقدم أن مقدمات التنفيذ لا تعد جزءا من التنفيذ ولا تدخل فى اجراءاته بل هى اجراءات سابقة على بداية التنفيذ ولازمة لصحته . ولهذا فهى تخضع لنظـام قانونى مختلف عن نظام التنفيـذ القضـائى .

المبحث الثـانى

تحـديد مقدمات التنفيـذ

٢٧ — النصوص القانونية :

تنص المـادة ٢٨١ من قانون المرافعات فى فقرتها الأولى على أنه « يجب أن يسبق التنفيذ **اعلان السند التنفيذى لشخص المدين أو فى موطنه الأصـلى** ، والا كان باطلا » ، وفى فقرتها الأخيرة على أنـه « لا يجوز اجراء التنفيذ الا بعد مضى يوم على الأقل على اعلان السند التنفيذى » .

كما تنص الفقرة الأولى من المـادة ٢٧٩ على أنه « يجرى التنفيذ بواسطة المحضرين ، وهم ملزمون باجرائه بناء طلى طلب ذوى الشـأن متى سلمهم السند التنفيذى » .

من هذه النصوص يتضح لنا أن مقدمات التنفيذ تنحصر فى :
— اعلان السند التنفيذى الى المدين وتكليفه بالوفاء .
— انقضاء المدة المحددة قبل البدء فى التنفيذ .
— طلب الدائن للتنفيذ .

وهناك من يذهب الى أن اعلان السند التنفيذى يفترض بالضرورة حصول طالب التنفيذ على السند قبل الاعلان ، مما يعنى أن وجود السند

التنفيذى ذاته يعد بدوره مقدمة للتنفيذ [٨] . واذا كان هذا القول يعد نتيجة منطقية لاعلان السند التنفيذى لأنه يفترض سبق الحصول عليه ، فاننا نختلف مع هذا الرأى فى أن السند التنفيذى لا يمكن اعتباره — فى رأينا — مقدمة من مقدمات التنفيذ ، فالسند التنفيذى هو مفترض أساسى للتنفيذ [٩] اذ أنه السبب المنشىء للحق فى التنفيذ وبالتالى فان وجود السند التنفيذى مفترض لحصول التنفيذ سواء كان تنفيذا احتياريا أو تنفيذا جبريا فلا يمكن تصور حصول التنفيذ — أيا كان نوعه — بدون سند تنفيذى مثبت للدين فاذا اعتبرنا السند التنفيذى مقدمة من مقدمات التنفيذ ، لوجب التسليم بامكان تصور اتخاذ اجراءات التنفيذ بغير هذا السند ، كل مافى الأمر ، تكون هذه الاجراءات باطلة . مع أنه ليس من المتصور عقلا البدء فى هذه الاجراءات ، بل البدء فى اتخاذ مقدمات التنفيذ ذاتها الا بعد الحصول أصلا على السند التنفيذى فاذا فرض وبدأ التنفيذ بغير وجود السند التنفيذى فلا يصحح اجراءاته وجود السند بعد ذلك [١٠] ومن ناحية أخرى فان مقدمات التنفيذ لازمة للتنفيذ الجبرى ، ولكنها غير ذلك بالنسبة للتنفيذ الاختيارى الذى يتم بمقتضى السند التنفيذى المثبت للحق ، وبدون ضرورة اتخاذ مقدمات .

وعليه نتحدث فى المطالب التالية عن مقدمات التنفيذ المقررة :

---

(٨) وجدى راغب — النظرية العامة ، ص ٣٣ .

(٩) أوجوركى — المرافعات ، جـ ٤ ص ١١٦ ، فتحى والى اللبنانى ، ص ٣١ بند ١٥ .

(١٠) انظر زانزوكى — قانون المرافعات المدنية — ميلانو ، ١٩٥٥ بند ٤٨ ص ١٧٣ جـ ٢ .

المطلب الأول

اعلان السند التنفيذى والتكليف بالوفاء [١١]

١٢٩ — الاعلان ووظيفته :

تنص المـادة ٢٨١ على وجـوب أن يسبق التنفيذ اعلان السـند التنفيـذى للمدين لشخصه أو فى موطنه الأصلى ، والا كان باطلا . ويجب أن يشتمل هذا الاعلان على تكليف المدين بالوفاء ببيان المطلوب .

والهدف من اعلان السند التنفيذى الى المدين هو اخباره بحـق الدائن فى التنفيذ الجبرى ومـداه الأمر الذى يمكنه من الاطـلاع على السند التنفيذى ، وعلى ما هو ملزم بأدائه على التعيين ، ويراقب استيفاء السند لشروطه الموضوعية والشكلية التى يكون بتوافرها صالحا للتنفيذ، وأعطاء المدين الفرصة للوفاء الاختيارى تحاشيا لعنت التنفيذ الجبرى ومذلته ، أو تمكينه من الاعتراض على السند ، بالوسـائل التى حددها القانون له [١٢] .

واذا كان اعلان المدين بالسند التنفيذى وتكليفه بالوفاء قبل مباشرة التنفيذ يعد ضمانة للمدين ، فانه يعد فى الوقت نفسه وظيفة للدائن وهى اثبات امتناع المدين عن الوفاء بالالتزام الوارد بالسند محل الاعلان ، مما يبرر الحماية التنفيذية ، اعتبار بأن المدين لا يعتبر مخلا بالتـزامه أو متأخرا فى الوفاء به ، وفقا للقواعد العامة ، الا من تاريخ اعذاره .

ويجب أن يتضمن اعلان السند التنفيـذى تكليف المدين بالوفاء بالالتزام الوارد فى السـند وفى الواقـع أن اعلان السـند التنفيذى

---

(١١) Notificazione del titolo esecutivo e del, Precetto.

(١٢) انظر محمد حامد فهمى ، ص ٦٧ بند ٨٧ . وجدى راغب ، ص ١٣٩ — نقض مدنى ١٩٧١/١/١٩ ، المجموعة ٢٢ ص ٥١ .

والتكليف بالوفاء Precetto اجراءان متميزان يمثلان من الاجراءات التحضرية للتنفيذ ، بالرغم من أنهما يتحققان باجراء شكلى واحد [١٣] .

١٣٠ ـ النظام القانونى لاعلان السند التنفيذى :

(ا) اجراءات الاعــلان :

١ ـ الصورة الواجب اعلانها :

يقصد باعلان السند التنفيذى هو اعلان المدين بالصورة التنفيذية لسند المراد التنفيذ بمقتضاه عن طريق المحضر Ufficiale giudiziario الأمر الذى يؤدى الى ضرورة تسليم المحضر للصورة التنفيذية للسـند لتكون أصلا للاعلان ويقوم بتسليم المعلن اليه صورة من هذه الصـورة التنفيذية مع صورة الاعلان بها .

ولقد اختلف الفقه فى تحديد الصورة التى تكون أصلا لاعلان السند التنفيذى هل تكون أى صورة من السند التنفيذى ؟ أم لابد أن تـكون الصورة التنفيذية ؟ . فذهب البعض الى أنه يجوز اعلان أى صـورة رسمية للسند التنفيذى ، ولو لم تكن هى الصورة التنفيذية ، ويستند هذا الرأى الى أن الصـورة التنفيذية لازمة للتنفيذ ، واعلان السـند التنفيذى ليس عملا من أعمال التنفيذ وانما هو مقدمة من مقدماته [١٤] .

وذهبت الغالبية [١٥] الى أن اعلان السند التنفيذى لابد أن يتم بمقتضى الصورة التنفيذية للسند موضوع الاعلان ، والصورة التنفيذية هى الصورة الموضوع عليها الصيغة التنفيذية .

---

(١٣) ردنتى ـ ج ٣ بند ٢١١ ص ١٥١ .

(١٤) عبد الباسط جميعى ، نظام التنفيذ ، بند ٤٩٣ وما بعدها ، ص ٣٧٥ وما بعدها ـ زانزوكى ـ المرافعات ج ١ بند ٥٣ ص ١٨١ .

(١٥) حامد فهمى بند ٨٧ ص ٦٨ ، أبو هيف ، بند ١٦٠ ص ١١٠ ، رمزى سيف ، بند ٢٠٤ ص ٢٢٤ ، أبو الوفا ص ٣١٣ بند ١٢٥ ، فتحى والى اللبنانى ص ٢٣٥ ، وجدى راغب ص ١٤٠ ، ردنتى ج ٣ بند ٢١١ ، ساتا التنفيذ الجبرى الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٣ بند ٣٠ ص ٥٨ .

ونحن نرى من جانبنا أن ما ذهبت اليه الأغلبية هو الأولى بالاتباع، ذلك لان الغرض من اعلان السند التنفيذى هو اعلام المدين بحق الدائن فى التنفيذ الجبرى لكى يتمكن المدين من الوفاء بالحق تفاديا لاجراءات التنفيذ ولا يثبت حق الدائن فى التنفيذ الجبرى الا اذا كان بيده عمل قانونى ذو قوة تنفيذية ، وثابت فى مستند معين هو الصورة التنفيذية من هذا السند ، وعلى ذلك فاعلان صورة غير تنفيذية لا تحقق الغرض منه ، ومن ثم فاعلان الحكم الى المحكوم عليه لا يغنى اعلان صورة تنفيذية من الحكم ذاته قبل اجراء التنفيذ .

٢ — بيانات الاعلان :

اعلان الصورة التنفيذية للسند التنفيذى ، ورقة من أوراق المحضرين ، ومن ثم يجب أن تتضمن كافة البيانات المنصوص عليها فى المادة التاسعة من قانون المرافعات والخاصة بأوراق المحضرين ، وبالاضافة الى ذلك استلزمت المادة ٢٨١ أن يتضمن الاعلان البيانات التالية :

التكليف بالوفاء :

وهو اجراء لازم لا غنى عنه لمباشرة التنفيذ القضائى [١٦] وهو الآخر يعد مقدمة من مقدمات التنفيذ ، ويقصد به تنبيه المدين بضرورة

---

(١٦) يذهب البعض الى أن التكليف بالوفاء يعد اجراءا لا فائدة منه ذلك لأن الدائن ينفذ فى الغالب بموجب حكم سبق تبليغه للمدين ، وهذا الاعلان وحده كاف لتنبيه المدين . ومن ناحية أخرى فان انذار المدين يمكنه من تهريب أمواله خاصة اذا كان لا يملك سوى منقولات مادية ، ولهذا لا يتمكن الدائن من اقتضاء حقه (جلاسون جـ ٤ بند ١٠٢٨ ص ٨١) ، الا أنه يمكن الرد على هذا القول بأن وظيفة اعلان السند التنفيذى تختلف عن وظيفة التكليف بالوفاء ، كما ان المدين سيء النية يتعمد اخفاء أمواله بمجرد صدور الحكم ضده حتى قبل اعلانه بهذا الحكم (انظر فتحى والى — ص ٢٣١ هامش (١)) .

الوفاء بالالتزام الثابت فى السند التنفيذى ، والا اتخذت فى مواجهتـه اجراءات التنفيذ القضائى . والهدف من ذلك هو تأكيد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه مما يبرر الحماية التنفيذية لحق الدائن [١٧] اذ أن هـذا التكليف يضع المدين فى موضع المدين المعذر مما يؤدى الى قطع التقادم السارى لمصلحته [١٨] . ويطلق فقه القانون المدنى على هـذا التكليف تعبير « التنبيه » وقد نصت المـادة ٣٨٣ من القانون المدنى على هذا التنبيه محددة الآثـار التى تترتب عليه ، ويلاحظ أنه اذا كان يترتب على التنبيه قطع مدة التقادم ، الا أنه لا يكفى لسريان الفوائد التأخيرية التى تسرى من وقت المطالبة القضائية [١٩] .

والتكليف بالوفـاء ، وان كان غالبا ما يأتى بندا فى ورقة اعـلان السند التنفيـذى ، الا أنه يعد اجراء قائما بذاته وله استقـلاله[٢٠] وبالتالى فمن الممكن أن يتم اعلان السـند التنفيذى وحده ، ثم يتـم التكليف بالوفاء بعد ذلك باجراء مستقل قبل التنفيذ ، ولذلك لم يرتب المشرع البطلان — بطلان اعلان السند التنفيذ — اذا لم يكن متضمنا

---

(١٧) سوليس ص ٤٨ . حامد فهمى ص ٦٧ .

(١٨) جلاسون ، المطول ، ج ٤ بند ١٠٢٨ ص ٨٢ . اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ بند ٤٢ ص ٩٣ ، على أنه أى التكاليف بالوفاء لا يترتب اثره بالنسبة لقطع التقادم الا اذا كان مرتبطا بتبليغ السند التنفيذى — ومعتبـر لهذا مقدمة للتنفيذ الجبـرى (انظر نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣ المجموعة س ١٥ ، ص ١٦٣ . القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٤/٣٠ ، المحاماة ٤٠ ص ٢٧٧) .

(١٩) انظر السنهورى الوسيط ج ٣ ص ٧٩٦ ، ٨٩٧ هامش (٣) كوستا — التنفيذ الجبرى — السـابق ص ٥٩ بند ٣٢ . قارن كوستا — المرافعات سنة ١٩٧٣ بند ٣٨١ ص ٥٠٧ .

(٢٠) ردنتى — ج ٣ بند ٢١١ ص ١٤٩ — ١٥٠ . كوستا — الاشارة السابقة .

التكليف بالوفاء (٢١) الذى يمكن أن يتم باجراء مستقل مع الاشارة الى سبق اعلان السند التنفيذى ، واعطاء بيان واضح عنه (٢٢) ولكن لا يجوز أن يتم التكليف بالوفاء قبل اعلان السند التنفيذى (٢٣) واذا تعلق التكليف بالتنفيذ العقارى ، وتم باجراء لاحق على اعلان السند التنفيذى فيجب أن يتضمن التكليف الاشارة الى الأموال التى يتم التنفيذ عليها (٢٤) ولم يشترط المشرع استعمال عبارات معينة للتعبير عن التكليف بالوفاء وانما تكفى أى عبارات تحقق الغاية من البيان وفقا للقواعد العامة . وليس من الضرورى أن يبين فى التكليف بالوفاء طريق التنفيذ الذى سيتخذه الدائن أو المال الذى سيتم التنفيذ عليه .

(ب) بيان المطلوب من المدين :

يجب أن يتضمن اعلان السند التنفيذى فضلا عن التكليف بالوفاء بيان نوع ومقدار الشيء المراد اقتضاؤه من المدين ، وذلك حتى يتمكن المدين من العلم بما هو مطلوب منه على وجه التحديد ، وبطبيعة الحال لابد أن يكون المطلوب مطابقا للثابت فى السند التنفيذى ، ولذلك فيكفى الاحالة الى البند فى هذا الخصوص اذا كان يتضمن بيان المطلوب على وجه التحديد . واذا كان المطلوب يختلف فى مقداره عن الثابت فى السند

---

(٢١) ولقد ذهب البعض الى بطلان اعلان السند التنفيذى اذا لم يكن متضمنا بيان التكليف بالوفاء على اعتباره بيانا جوهريا أوجبه المشرع ليؤكد جدية الاجراء وحتى تحقق المدين من أن يلزمه بالوفاء فورا (رمزى سيف ١٩٧٠ ص ١٤٤) اللهم الا اذا أوضحت تماما دلالة اعلان السند التنفيذى على معنى الانذار بتقديمه للتنفيذ (حامد فهمى بند ٩٠ ص ٧٨ ، ابو الوفا اجراءات ، ص ٣٢٩) .

(٢٢) فتحى والى — التنفيذ — ص ٢٤١ ، ردنتى ج ٣ — بند ٢١١ ، ابو الوفا — اجراءات — ص ٣٣٠ . وجدى راغب — ص ١٤٢ .

(٢٣) فتحى والى ، ص ٢٤٢ ، كوستا ، بند ٣٨١ .

(٢٤) تراجع المادتين ٦٠٣ ، ٦٠٥ من قانون المرافعات الايطالى ، ردنتى بند ٢١١ ، ص ١٥٥ .

التنفيذى فلا يبطل الاعلان [٢٥] وانما يصح التنفيذ لاقتضاء أقل المقدارين ، فاذا زاد المطلوب فى الاعلان عما يتضمنه السند فلا يجوز التنفيذ الا لاستيفاء القدر الثابت فى السند ، واذا كان المطلوب أقل فان التنفيذ يتم لاقتضاء ما هو مطلوب فى الاعلان ، ويلزم فى هذه الحالة للتنفيذ بالباقى ، اعلان المدين به .

(جـ) موطن مختار لطالب التنفيذ :

يجب أن يتضمن الاعلان موطن مختار لطالب (التنفيذ) فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ المختصة وذلك لتمكين المدين من اعلان الأوراق المتعلقة بالتنفيذ فى هذا الموطن .

٣ — طريقة الاعلان :

كما سبق أن عرفنا أن اعلان السند التنفيذى يتم بورقة من أوراق المحضرين على يد محضر . ويجب أن يتم الاعلان لشخص المدين أو فى موطنه الأصلى (م ٢٨١) [٢٦] والا كان الاعلان باطلا ، وذلك مراعاة من المشرع لخطورة ما يترتب على هذا الاعلان . وعلى ذلك لا يجوز الاعلان فى الموطن المختار فى الخصومة التى انتهت بالحكم المراد تنفيذه ، أو فى المحرر الموثق .

ولكن ماذا يكون عليه الأمر لو توفى المدين أو فقد أهليته أو زالت صفة من يباشر الاجراءات نيابة عنه ؟ نصت المادة ٢٨٤ على ضرورة اعلان السند التنفيذى والتكليف بالوفاء لورثة المدين أو لمن يقوم مقامه . اذا تمت الوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة قبل البدء فى التنفيذ .

---

(٢٥) جلاسون — المطول جـ ٤ بند ١٠٦١ ص ١٤١ .

(٢٦) بعكس المادة ٤٧٩ من قانون المرافعات الايطالى التى توجب اعلان السند التنفيذى لشخص المدين فحسب . فلا تجيز الاعلان فى موطنه (كوستا بند ٣٨٠ ، رندتى ، جـ ٣ ، بند ٢١١) .

وإذا تم الإعلان للمدين قبل وفاته أو قبل فقده لأهليته ، أو لمن كان يقوم مقام المدين قبل زوال صفته ، فانه يجب اعادة الاعلان بالسند التنفيذى لورثة المدين أو من يقوم مقامه ، وذلك لتمكين هؤلاء من اتخاذ الموقف المناسب لهم ، بالوفاء الاختيارى تفاديا لاجراءات التنفيذ أو الاستمرار فيها ، أو بالمنازعة فى السند .

ويتم اعلان الورثة جملة بغير تحديد لأسمائهم أو صفاتهم فى آخر موطن كان لمورثهم ، اذا تم الاعلان قبل انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة . اما اذا تم الاعلان بعد انقضاء هذه الفترة وجب تمام الاعلان باسم كل وارث على حده ، ويسلم لشخصه أو فى موطنه الأصلى (م ٢٨٤ مرافعات) .

١٣١ — سلطة قبض المحضر للدين :

عرضنا فيما سبق أن الهدف المباشر من اعلان المدين بصورة من السند التنفيذى وتكليفه بالوفاء بمطلوب المعلن هو اعطاء المدين الفرصة للوفاء الاختيارى للحق ، تفاديا لاجراءات التنفيذ القضائى .

وتحقيقا لهذا الهدف ، كان لابد أن يعترف المشرع للمحضر بسلطته فى قبض الدين لو عرضه المدين عليه عند تسليمه الاعلان . هو أو زوجته أو أى شخص آخر . وهذا ما فعله المشرع بالفعل ، فقد أوجب على المحضر « عند اعلانه السند التنفيذى أو عند قيامه بالتنفيذ قبض الدين عند عرضه عليه ، مع اعطاء المخالصة ، وذلك دون حاجة الى تفويض خاص » (م ٢٨٢ مرافعات) .

واضح من هذه المادة أن القانون قد أوجب على المحضر قبض الدين عند عرضه عليه واعطاء المخالصة ولو لم يكن مفوضا فى ذلك من الدائن تفويضا خاصا ، وذلك عملا من المشرع من أن مجرد تقديم الدائن لأوراق التنفيذ لاعلانها يكفى لتخويل المحضر السلطة فى قبض الدين

نيابة عن الدائن (٣٧) ، فأوجب عليه قبض ما يعرض عليه سواء كان الدين كله أو جزء منه ، وفى الحالة الأخيرة تتخذ الاجراءات اقتضاء لما تبقى من الدين ، أما اذا قبض المحضر كل الدين فانه يمتنع عليه اتخاذ أى اجراء لاحق من اجراءات التنفيذ . وفى الحالتين يحرر المحضر محضرا بالقبض يبين فيه مقدار ما قبضه نوعا ومقدارا . وأخيرا فان واجب المقبض الملقى على عاتق المحضر انما يقتصر على المبالغ النقدية ، فلا يجوز له قبول شيكات أو سندات .

١٣٢ — الجزاء على مخالفة عناصر النظام الاجرائى لاعلان السند التنفيذى :

ترتب المادة ٢٨١ البطلان جزاء عدم اعلان السند التنفيذى . ولكن ما هو الجزاء المترتب على تمام الاعلان مخالفا لنظامه الاجرائى على النحو المتقدم ؟ اعتبارا بأن اعلان السند التنفيذى لا يعدو الا أن يكون ورقة من أوراق المحضرين ، فانه يكون باطلا — وفقا للقواعد العامة — اذا شابه ما يبطل أوراق المحضرين . فمثلا يكون باطلا اذا تم فى يوم عطلة رسمية ، أو فى غير المواعيد الجائز الاعلان فيها ، ويبطل الاعلان كذلك اذا لم يشتمل على البيانات العامة فى أوراق المحضرين ، وذلك كله على النحو المقرر وفقا للقواعد العامة .

ولكن ما هو الجزاء المقرر على تخلف بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة ٢٨١ مرافعات ؟

اذا جاء اعلان السند التنفيذى خاليا من بيان من البيانات المنصوص عليها فى المادة ٢٨١ مرافعات ، فانه فيكون باطلا أو صحيحا وفقا لما تقضى به القواعد العامة فى البطلان ، ومن ثم فلا يبطل الاعلان الا اذا شابه عيب جوهرى لم تتحقق الغاية من الاجراء بسبب هذا العيب .

---

(٣٧) فتحى والى ، ص ٢٤٣ بند ١١٩ .

وعلى ذلك يبطل الاعلان اذا سلم لغير شخص المدين أو فى غير موطنه الأصلى (م ٢٨١/١) .

ولا يبطل الاعلان اذا جاء خاليا من التكليف بالوفاء ، حيث يجوز — وعلى ما رأينا — القيام به باجراء لاحق مستقل على اعلان السند التنفيذى يشار فيه الى السند التنفيذى بوضوح .

كما لا يبطل الاعلان اذا لم يتضمن بيانا لموطن الدائن المختار فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ المختصة ، حيث يجوز اعلانه بأوراق التنفيذ كافة فى قلم كتاب تلك المحكمة .

واذا ترتب البطلان على مخالفة الاعلان لنظامه القانونى ، فما نوع هذا البطلان ، ومن يكون له حق التمسك به ؟ .

الأمر المقطوع به أن البطلان المقرر جزاء تخلف اعلان السند التنفيذى أو لتخلف بيان من بياناته التى تؤدى اليه ، هو بطلان مقرر لمصلحة المدين ، فهو وحده صاحب الحق فى التمسك به ، وله أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا فلا يجوز لغيره التمسك به ، حيث انه لا يتعلق بالنظام العام [٢٨] .

المطلب الثانى

انقضاء ميعاد التنفيذ

١٣٣ — المقصود بميعاد التنفيذ :

تنص المادة ٢٨١/٤ على عدم جواز « اجراء التنفيذ الا بعد مضى يوم على الأقل من اعلان السند التنفيذى » . واذا كان التنفيذ يتم قبل ورثة المدين أو من يقوم مقامه ، فلا يكون التنفيذ جائزا الا بعد مضى ثمانية أيام من تاريخ اعلانهم بالسند التنفيذى (م ٢٨٤) .

---

(٢٨) فتحى والى ، ص ٢٤٥ / ٢٤٦ ، أبو الوفا ، ص ٣٤٢ ، نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ . س ١٧ ، ص ٩٢٩ .

وميعاد التنفيذ الذى يجب انقضاؤه هو الفترة الزمنية التى يحددها المشرع من تمام اعلان السند التنفيذى الى البدء فى اتخاذ اجراءات التنفيذ فعلا • بحيث لا يجوز اتخاذها خلال هذه الفترة • وقد حدد القانون هذا الميعاد بيوم واحد اذا كان التنفيذ يتم فى مواجهة المدين نفسه • وبثمانية أيام اذا كان يتم فى مواجهة الورثة أو من حل محل المدين • ويضاف الى هذا الميعاد ميعاد مسافة حسب القواعد العامة[٢٩] ، ولابد أن ينقضى هذا الميعاد حتى يمكن مباشرة التنفيذ بعد ذلك • ويعد هذا الميعاد ميعادا كاملا يبدأ من حصول اعلان السند التنفيذى ، أو التكليف بالوفاء اذا تم باجراء مستقل ، كما قدمنا ، ويجب أن ينقضى هذا الميعاد كاملا قبل مباشرة التنفيذ والا كان باطلا لمصلحة المدين [٣٠] ، وبانقضاء هذا الميعاد يصح البدء فى التنفيذ فى أي وقت بعد ذلك حيث لم ينص المشرع على ميعاد لبدء التنفيذ خلاله والا سقط الاعلان [٣١] اذ يظل الحق فى التنفيذ قائما ما لم يسقط الحق فيه بالتقادم •

وتبدو الحكمة من هذا الميعاد ، فى منح المدين مهلة قبل البدء فى التنفيذ ، لدراسة الموقف ، واختيار اما الوفاء الاختيارى أو المنازعة فى الاعلان ، ويلاحظ أن المشرع قد أعطى الورثة أو من يقوم مقام المدين مدة أطول من المعطاة للمدين نفسه ، ذلك لأن الأخير يكون على علم بالدين المراد اقتضاؤه منذ نشأته ، عالما بتطور النزاع حوله على عكس الورثة أو من يقوم مقام المدين فهم يحتاجون لفترة أطول لدراسة الموقف[٣٢] •

---

(٢٩) انظر ، فتحى والى ، ص ٢٣٢ ، بند ١١٥ •

(٣٠) عكس ذلك فتحى والى ، حيث لا يرى البطلان فى هذه الحالة ، ولكن يتحمل الدائن مصاريف التنفيذ اذا اثبت المدين انه كان سيفى اختيارا قبل البدء فى التنفيذ (ص ٢٣٣ ، بند ١١٥) •

(٣١) رندتى — جـ ٣ — بند ٢١١ — ص ١٥١ — ١٥٢ •

(٣٢) وجدى راغب ص ٢٤٥ •

المطلب الثـــالث

طلب التنفيـــذ

١٣٤ — ضرورته وحكمتـــه :

بالاضافة الى ضرورة اعلان السند التنفيـــذى والتكليف بالوفاء وانقضاء ميعاد التنفيـــذ : فلابد أيضا من طلب التنفيـــذ ، اذ لا يمكن — تطبيقا للقواعد العامة — أن يتم التنفيذ دون طلب من الدائن ، فليس للمحضر سلطة اجراء التنفيذ من نفســـه دون طلب مكتوب من الدائن صاحب الحق فى التنفيذ[٣٣] . وعلى هذا تنص المادة ٢٧٩ مرافعات فهى تقضى بالـــزام المحضرين باجراء التنفيذ بنـــاء على طلب ذوى الشأن متى سلمهم السنـــد التنفيذى ، وبهذا يعتبر طلب التنفيذ مقدمة لازمة له ، لا يجوز التنفيذ الا بطلبه والا كان باطلا .

ويعد طلب التنفيذ اجراء ضروريا لحصوله . وذلك تطبيقا للقاعدة العامة اذ أنه لا يجوز اقتضـــاء الحق الا بارادة صاحبه ، فضلا عن أن التنفيذ — وهو نشاط قضائى وصورة من صور الحماية القضائية لا يجب أن يكون تلقائيا دون طلب[٣٤] . ولم يتطلب المشرع شكلا معينا لطلب التنفيذ ، وانما يتم الطلب فى صورة عريضة مبينا بها اسم طالب التنفيذ ولقبه ومحل اقامته . وكذلك اسم المدين المراد التنفيذ ضده والمبلغ المراد اقتضـــاؤه ويجب — حتى يرتب الطلب أثره فى التـــزام المحضر بالقيام بالتنفيذ — أن يقوم الطالب بتسليـــم المحضر السند التنفيذى ، الأمر الذى يؤدى الى ضرورة ارفاق الصورة التنفيذية للسند بطلب التنفيذ .

---

(٣٣) رمزى سيف بند ٢٠٥ ص ١١٢ ج ٣ . ابو هيف ص ١١٧ ط ١١ بند ١٧١ ، ١٧٢ :

Liebman, Presupposti dell. esecusione forzata : Problemi del processo civile, Milano 1962, P. 343.

(٣٤) انظر وجدى راغب ، التنفيذ . ص ١٤٦ .

كما أن المشرع لم يتطلب ضرورة تقديم طلب التنفيــذ فى ميعاد محدد ، فيجوز طلب التنفيذ قبل اعلان السند التنفيذى أو بعده ، وميعاد التنفيذ لا يبدأ الا من تاريخ اعلان السند التنفيذى ، ولم يتطلب القانون الجديد أن يتضمن طلب التنفيــذ تفويض المحضر بقبض الدين واعطاء المخالصة كما كان يتطلب ذلك القانون القديم ، وان كان العمل يجرى على أن قلم المحضرين لا يقبل أوراق التنفيــذ الا اذا كانت مصحوبة بتوكيل المحضر فى التنفيذ ، وهو عبارة عن تفويض يوقعه طالب التنفيذ يقر فيه بتوكيل المحضر فى القيام بالتنفيذ .

ويقيد طلب التنفيذ فى جدول خاص بالمحكمة مع انشاء ملف خاص له تودع فيه بعد ذلك جميع الأوراق المستقلة بهذا الطلب .

ويترتب على تقديم طلب التنفيذ ، الزام المحضر بالقيام بالتنفيذ بعد التحقق من استيفــاء مقدمات التنفيذ الأخــرى ، فاذا لم تكن قد توافرت هذه المقدمات فانه يمتنع عن التنفيذ حتى تمام هذه المقدمات .

المبحث الثالث

الحالات التى يجوز فيها التنفيذ بدون مقدمات .

١٣٥ — القاعدة العامة : والاستثناء :

القاعدة العامة هى أنه يلزم اتخاذ مقدمات التنفيذ فى كل أحوال التنفيذ القضائى ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك ، لأن المادة ٢٨١ التى توجب اتخاذ مقدمات التنفيذ قد وردت فى باب الأحكام العامة فى التنفيذ ، فهى اذن تقرر قاعدة أساسيــة يجب اتباعها بالنسبة الى كل تنفيذ(٣٥) ، سواء كان تنفيذا مباشرا أو غير مباشر ، وسواء كان تنفيذا

---

(٣٥) انظر احمد ابو الوفا — اجراءات ص ٣٣٢ — ٣٣٣ بند ١٤٧م .

بالحجز على المنقولات أو بالحجز على العقارات ، وأيا كان السند الذى يجرى التنفيــذ بمقتضاه ، حكما كان أو غير حكم ، وســواء تم الحجز التنفيذى تحت يد المدين نفسه أم تحت يد الغير •

ومن ذلك فان مقدمات التنفيــذ لازمة فحسب لاجراء التنفيــذ الجبرى ، فلا لزوم لها بالنسبة للحجوز التحفظية أو الاجراءات الوقتية، وكذلك لا لزوم لها بالنسبة للتنفيذ الجبرى نفسه ، اذ نص المشرع على ذلك • فنص المشرع على حالات معينة يجوز فيها التنفيذ بدون مقدمات، وهذه الحالات هى :

أولا : المواد المستعجلة أو المواد التى يكون التأخير فيها ضارا :

تنص المادة ٢٨٦ مرافعات على حق المحكمة فى المواد المستعجلة أو فى المواد الأخرى التى يكون فيها التــأخير ضارا أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير اعلانه ، ففى هذه الحالة لم يتطلب القانون اتخاذ مقدمات التنفيــذ ، ويصح التنفيذ بموجب مســودة الحكم التى يقوم الكاتب بتسليمها للمحضر على أن يردها الأخير بعد الانتهاء من التنفيذ •

ويلاحظ أن المشرع يشترط لاجراء التنفيــذ فى هذه الحالة بدون مقدمات ما يلى :

١ ـ أن تأمر المحكمة فى حكمها بتنفيذه بموجب مسودته ، والمحكمة لا تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته من تلقاء نفسها تطبيقا للقواعد العامة ، وانما يلزم أن يطلب المحكوم له من المحكمة التنفيــذ بموجب مسودة الحكم ، فاذا لم يتقدم المحكوم له بهذا الطلب فلا تحكم المحكمة به ، وبالتالى لا يجوز تنفيذ الحكم بموجب مسودته ولو كان صادرا فى مادة مستعجلة •

٢ ـ يجب أن يكون الحكم صادرا فى مادة مستعجلة ، سواء كان صادرا من قاضى الأمور المستعجلة أم من قاضى الموضوع فى طلب وقتى، أو أن يكون الحكم صــادرا فى حالة يكون فيها التأخير ضــارا بمصلحة المحكوم له ، وللمحكمة سلطة فى تقدير ذلك • وهى تملك الأمر بتنفيــذ

الحكم بموجب مسودته سواء كان مشمولا بالنفاذ المعجل أم جائز التنفيذ طبقا للقواعد العامة[٣٦] .

ثانيا : الحجوز التحفظية :

قلنا ان مقدمات التنفيذ متطلبة فى التنفيذ الجبرى أى بالنسبة الى الحجوز التنفيذية ، أما الحجوز التحفظية Les saisies concervatoires فلم يتطلب المشرع بالنسبة لها المقدمات التى يتطلبها بالنسبة للحجوز التنفيذية .

والحجز التحفظى هو اجراء وقتى يقوم به الدائن للمحافظة على الضمان العام المقرر له على أموال مدينــه ، خشية تهريب المدين لهذه الأموال اما بالتصرف فيها أو باخفائها فالحجز التحفظى اذن يمثل وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام :

Conservazione della garanzia patrimoniale.[٣٧] .

ويؤدى الحجز التحفظى الى خضــوع المال للنظام القانونى للمال المحجوز فلا تكون تصرفات المدين نافــذة فى مواجهة الدائن فضلا عن سلطة المحجوز عليه فى أستقلاله[٣٨] ولما كانت وظيفة الحجز التحفظى هى مجرد المحافظة على الضمان العام للدائن ، فلا يشترط لتوقيعه أن يكون بيد الدائن سنــدا تنفيذيا ، وبالتالى فلا يشتــرط اتخاذ مقدمات التنفيذ لاجراء الحجز التحفظى الذى يوقع لتفادى تهريب المدين لأمواله مما يتطلب مفاجأته وتوقيع الحجز عليه دون اعلانه وتكليفه مقدما[٣٩] .

---

(٣٦) أبو الوفا ــ اجراءات التنفيذ ص ٣٢٥ .

(٣٧) ردنتى ــ ج ٣ بند ١٩٤ ص ٥٧ ، ساتا ــ المرافعات بند ٤٧٧ ، ص ٥٧٩ .

(٣٨) وجدى راغب ــ ص ١٧٨ .

(٣٩) وجــدى راغب ــ النظرية العامة للتنفيــذ القضائى ١٩٧٤ ص ١٣٨ .

ويدخل فى الحجوز التحفظيــة ، حجز ما للمدين لدى الغير ، اذ لا يتطلب المشرع لتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير سبق اعلان المدين بالسند التنفيــذى (م ٣٢٨) وعلى ذلك أن المشرع قد راعى أن حجز ما للمدين لدى الغــير اذ يجوز لكل دائن أن يوقعه كاجــراء تحفظى لا يسبقه اعلان . فالدائن الذى بيده سند تنفيــذى لا يمكن حرمانه من مزية التعجيل بالحجز بدون اعلان[٤٠] .

ثالثا : تنفيذ الأحكام التى لا تتطلب تنفيذا جبريا :

هناك من الأحكام القضائية ما يتم تنفيــذها دون استعمال القوة الجبرية ، وهذه لا يلزم بشأنها اجراء مقدمات التنفيذ المتطلبة لاجراء التنفيذ الجبرى . مثال ذلك الأحكام الفرعية المتصلة بسير الخصومة ، وهى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع كالحكم بعدم اختصاص المحكمة ، فيتم تنفيــذ هذا الحكم بامتناع المحكمة عن نظر الخصومة ، والحكم باختصاص المحكمة ينفذ بسماعها المرافعة فى الدعوى ، والحكم الصــادر بعدم جواز الاثبات بالشهادة ينفــذ بعدم الاعتداء بشهادة الشهود [٤١] . وكذلك فالحكم الصادر بتعيين حارس فانه ينفذ ويرتب أثره فى ثبــوت صفة الحارس بمجرد صــدوره دون حاجة الى اعلانه للمحكوم عليــه[٤٢] الا اذا أريد تنفيذه جبرا بتسليــم الأعيان محل الحراسة الى الحارس فهنا يلزم اعلان الحكم .

---

(٤٠) أبو الوفا ـــ اجراءات التنفيذ ، ص ٣٣٦ .

(٤١) انظر ابو الوفا ـــ بند ١٤٧م ص ٣٣٢ ـــ ٣٣٣ .

(٤٢) محمد على راتب ، ونصر كامل ـــ قضاء الأمور المستعجلة ـــ الجزء الثانى ٢٣٤ ـــ ٢٣٥ ، وراجع نقض مدنى ١٩٤٨/٤/٢٢ مجموعة عمر ص ٦٠٧ .

القســم الثــانى

خصــومة التنفيــذ

L'instance d'execution

- اشخاص التنفيــذ .
- محل التنفيــذ .
- اجراءات التنفيذ وقواعده .

١٣٦ — تمهيد وتقسيم :

يتطلب المشرع للحصول على الحماية القضائية بصورها المتعددة ، إتخاذ مجموعة من الأعمال الاجرائيـــة ، وتعتبر هذه الأعمال مفترضا قانونيـا لازما للحصول على حماية القضـــاء ، ويطلق الفقه على هذه المجموعة من الأعمال الاجرائية اصطلاح الخصومة Processo Linstance (١) ويعرفونها بأنها مجموعة من الاجراءات القضائية ، التى تتخذ من قبل الخصوم أو القاضى وأعوانه ، بغرض الحصول على حكم فى الموضوع ، وتبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهى بصدور هذا الحكم(٢) • واذا كان هذا التعريف يطلق على خصـــومة التحقيق Processo di Cognizione وهى خصومة الدرجة الأولى ، الا أنه فى نظرنا يطلق على كل الخصومات سواء كانت خصومة تحقيق ، أو خصومة طعن Processo di gravame أو خصومة تنفيذ Processo d' esecuzione • فخصومة التنفيذ هى الأخرى مجموعة من الأعمال الاجرائية التى تتخذ بغرض الحصول على الحماية التنفيـــذية للحق أو المركز القانونى • أى بهدف اقتضاء حق الدائن الثابت فى السند التنفيذى جبرا عن المدين •

على أن الحماية التنفيـــذية ، شأنها فى ذلك شـــأن صور الحماية القضائية الأخرى ، لا تمنح بطريقة تلقائيـــة ، فالنشاط القضائى كله ليس نشاطا تلقائيا ، تباشره المحاكم من تلقاء نفسها ، أيا ما كنت درجة الاعتداء على الحق، بل لابد من طلب الأفراد ، الذين هم فى حاجة الى حماية القضاء ، يحركون به النشاط القضائى استعمالا منهم لحق الدعوى الذى اعترف المشرع به لهم للحصول على حماية القضاء الموضوعية أو الوقتية ، كما اعترف كذلك بالحق فى التنفيذ لكل شخص يوجد معه سند

Zanzucchi, dir. pri. civ., P. 402 No.2. Satta. S.Dir Proc. civ. Cedam 1959 P. 165 No. 105,

من السندات التنفيذية • وهذا الحق الأخير ــ كما رأينا ــ هــو مجرد مكنة تحريك النشاط القضائى لاقتضاء حقه الثابت فى السند التنفيذى جبرا عن الملتزم فيه ، ولا يتم ذلك الا من خلال الاجراءات الاجرائية التى نظمها المشرع تنظيما دقيقا ، وهذه المجموعة من الأعمال الاجرائية تمثل خصومة التنفيذ ، ويعتبر الحجز Pignoramento هو أول اجراء من اجراءات خصومة التنفيذ ، فهو يمثل الاجراء الافتتاحى لها وتوزيع حصيلة التنفيذ هو الاجراء الختامى فيها •

والدراسة العلمية لخصومة التنفيذ يقتضينا البدء بتحديد الأشخاص الذين تقوم بينهم ، ثم المحل الذى ترد عليه ، وبعد ذلك علينا أن نتحدث عن اجراءاتها وقواعدها • وعليه سوف ينقسم هــذا الجزء الى أبواب ثلاثة ، نتحدث فى الأول عن أشخاص التنفيذ وفى الثانى عن محل التنفيذ، والثالث لاجراءات خصومة التنفيذ وقواعدها وذلك على التفصيل الآتى :

الباب الأول

اشـــخاص التنفيـــذ

Personnes de l' execution

- أطراف خصومة التنفيذ ٠
- السلطة العامة (قضاء التنفيذ) ٠
- الغـــير ٠

١٣٧ — تحـديد :

رأينا فيما تقدم أن الشخص الحائز على السند التنفيذى انما ينشأ له حق فى التنفيذ ، وان هذا الحق ، يخوله مخاطبـة السلطة العـامة (القضاء) لمباشرة نشاطها لتنفيذ موضوع السند التنفيـذى جبرا عن المدين • والحق فى التنفيذ بذلك ينشأ لشخص فى مواجهة آخر ، ينشأ بين الدائن والمدين ، يمثلان أطراف خصومة التنفيذ ، ونطلق عليهما المنفذ أو الحاجز ، والمنفذ ضده أو المحجوز عليه • ولكن الحق فى التنفيـذ لا يخول الدائن سلطة استيفاء حقه بيده ، وبوسائله الخاصـة ، وانما يخوله فقط مخاطبة السلطة العامة للقيام بهذا التنفيذ ، ومن ثم تصبح هذه السلطة العامة طرفا فى خصومة التنفيذ • ومن ناحية أخرى ، قـد توجه اجراءات التنفيذ الى شخص من الأغيار بالنسبة للحق فى التنفيذ مما يقتضى القول بأنه فى الحالات التى توجه فيها اجراءات التنفيذ الى الغير ، فانه يعد شخصا من أشخاص خصومة التنفيذ •

وعلى ذلك سوف ينقسم هذا الباب الى ثلاثة فصـول ، نبحث فى الأول أطراف الحق فى التنفيذ ، وفى الثانى السلطة العامة وفى الثالث والأخير نبحث فى الغـير الذى توجه اليه اجراءات التنفيـذ فى حالات معينـة •

الفصل الأول

أطراف الحق فى التنفيذ

١٣٨ — تمهيـــد :

الحق فى التنفيذ ، كغيره من الحقوق الأخرى ، يفترض التعدد فى أطرافه : فلا يمكن أن ينشأ الحق بين طرف واحد ، فالحق باعتباره رابطة قانونية لابد واقعا بين شخصين على الأقل ، أحدهما صـــاحب الحق ، وثانيهما الملتزم باحترام هذا الحق . وباستعمال الحق فى التنفيذ ، تنشأ خصومة التنفيذ بين طرفيها هما : الطرف الايجابى ويتمثل فى الدائن أو الحاجز أو المنفذ ، والطرف السلبى وهو الملتزم فى السند التنفيذى وهو المدين أو المحجوز عليه أو المنفذ ضـــده ، ونتكلم فيمـــا يلى عن طرف خصومة التنفيذ .

المبحث الأول

طالب التنفيذ (المنفذ)

١٣٩ — التعريف به وشروطه :

طالب التنفيذ هو الطرف الايجابى الذى يطلب الحماية التنفيذية ، وبعبارة أخرى هو الشخص الذى يتم اجراء التنفيذ لصالحه[1] ، حتى ولو لم يباشر بنفسه هذه الاجراءات ، وانما يباشرها بواسطة من يمثله

---

(١) انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١٠ . وجدى راغب ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى ، ص ٢٦٢ . فتحى والى — التنفيذ بند ٨٠ ، ص ١٥٨ .

فى ذلك تمثيلا قانونيا • واذا كان هذا هو مفهوم طالب التنفيذ الا أنه لا يكتسب هذه الصفة الا اذا توافرت فيه شرائط معينة :

١ — الصفة : La qualite'

يجب أن تتوافر الصفة فيمن يطلب الحماية التنفيذية • وتتوافر هذه الصفة لصاحب الحق فى التنفيذ • وهو بطبيعة الحال من يكون بيده السند التنفيذى المنشىء لهذا الحق ، ويجب أن يدل السند التنفيذى ذاته على هذا الشخص[٢] • وتثبت الصفة هذه لصاحب الحق الموضوعى الذى يؤكده السند التنفيذى بغض النظر عما اذا كان هذا الشخص هو صاحب الحق الموضوعى فعلا • فطالما أن السند الحائز عليه سند تنفيذى ويقرر أنه هو صاحب الحق الموضوعى ، فتكون له الصفة فى طلب التنفيذ على أموال من يؤكد السند ذاته أنه الطرف السلبى فى هذا الحق • وتثبت الصفة لمن يطلب التنفيذ ، سواء كان دائنا عاديا أو دائنا بدين ممتاز ، فليس من حق الدائن المرتهن أن يمنع دائنا عاديا من التنفيذ على العقار المرهون مثلا ، كل ما فى الأمر أنه عند بيع هذا العقار يستوفى الدائن المرتهن حقه مفضلا على الدائن العادى[٣] • كما يجوز للدائن المرتهن أو الممتاز أن ينفذ على عقار أو أى مال آخر مملوكا للمدين ، ولو لم يشمله الرهن أو التأمين العينى • ولا يقبل القول بأن الدائن المرتهن

---

(٢) انظر فتحى والى — الاشارة السابقة ، وجدى راغب فهمى ، المرجع السابق ص ٣٦٢ •

Zanzucchi T. Marco, Diritto Processuale Civile. Giuffre 1964, P. 189 No. 55.

(٣) ولكن لا تكون هناك مصلحة للدائن العادى فى التنفيذ على عقار مثقل برهن او باختصاص اذا كانت قيمته تستغرق الدين الممتاز . راجع كيش وفنسان — طرق التنفيذ ص ١٨ بند ١٢ :

Vircent et Prèvoult, Voies d'exécution 1984. No. 70 P. 57.

عليه البدء أولا فى اتخاذ اجراءات التنفيـذ على المال محـل التـأمين العينى[٤] .

ولا تقتصر الصفة فى طلب التنفيـذ على صاحب الحق فى التنفيذ بل تتوافر هذه الصفة للخلف العام أو الخاص لصاحب الحق فى التنفيذ دلك نتيجة انتقال الحق الموضوعى الى هذا الخلف[٥] .

ولهـذا يجوز للوارث أو الورثة طلب التنفيـذ بناء على السند التنفيـذى الذى يؤكد حق مورثهم . كما يجوز ذلك للمحال اليه بالحق الثابت فى السند التنفيذى[٦] وبداهة ، يجب أن يقوم الخلف — العام أو الخاص — باعلان ما يثبت صفته هذه الى المنفذ ضده ، قبل اجراء التنفيذ[٧] ، بل يكون للأخير الامتناع عن الوفاء قبل اثبات هذه الصفة، حتى يكون وفاؤه مبرءا لذمته . لأن الوفاء لا يكون صحيحا الا اذا تم الى من له الصفة فى اقتضائه . واذا ما كان الحق فى التنفيذ قـد انتقل تبعا لحوالة الحق الموضوعى . فان المشرع قد تطلب لنفاذ هذه الحوالة فى حق المدين اعلانه بها أو قبوله لها ، وعلى هذا تنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى .

ويجب توافر الصفة فى اقتضاء الحق الثابت فى السند التنفيـذى عند بدء اجراءات التنفيذ، فاذا لم تتوافر الا بعد اتخاذ اجراءاتالتنفيذ

---

(٤) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١١.

(٥) اذ ان الحق فى التنفيذ وهو وسيلة حماية الحق الموضوعى ، ومن ثم فينتقل الحق فى التنفيذ كاثر لانتقال الحق الموضوعى (فتحى والى — ص ١٣٩) رودنتى — المرافعات : الجزء الثالث بند ٢٠٨ .

Mandrioli: Legittimazione ad agire in esesutive e successione Nel credito, in riv. trim, dir. eproc. cit. 1959 P. 1858.

(٦) وجدى راغب ص ٢٦٢ — ٢٦٣ . رودنتى — ج ٣ ، بند ٢٠٦ .

(٧) Cuche et Vincent. Voies dèxecution Dalloz 1970. No. 17 P. 24 - 25.

كانت هذه الاجراءات باطلة بطلانا لا يصححه توافر الصفة بعد ذلك[٨] فلا يشترط أن يباشر التنفيذ الشخص صاحب الصفة فى التنفيذ بنفسه اجراءات التنفيذ، فقد تباشر بواسطة من يمثله قانونا ، كالولى أو الوصى أو القيم ، أو اتفاقا كالوكيل ، وذلك شريطة أن يذكر النائب أنه يفصل لحساب الأصيل وهو من يمثله •

وطبقا لنص المادتين ٢٣٥ ، ٢٣٦ يمكن للدائن أن يستعمل حقوق مدينه لدى الغير بالتنفيذ عليها شريطة توافر شروط الدعوى غير المباشرة •

٢ ــ الأهليــة : La Capacite

يجب أن يكون طالب التنفيــذ متمتعا بالأهليــة اللازمة لمباشرة اجراءات التنفيذ • ولكن ما هى الأهلية المطلوب فى هذا المقام ؟ هل أهلية التصرف أم تكفى أهلية الادارة ؟ لم يرد فى قانون المرافعات الجديد ما يفيد الاجابة على هذا التساؤل • ولذلك فلا مناص من تطبيق القواعد العامة فى هذا الخصوص • وتقضى هذه القواعد بوجوب توافر أهليــة التصرف بالنسبة للتصرفات القانونية ، ولا يشترط توافرها بالنسـبة لغيرها من الأعمال القانونية ، مثل أعمال الادارة وبمـا أن التنفيذ انما يهــدف الى قبض الدين ، اســتيفاء للحق ، وهو ما يعــد من قبيل أعمال الادارة ، بل الحسنة منها ، ولهذا فالأهلية المطلوبة هنا هى أهلية الادارة وليست أهلية التصرف[٩] • وسواء بعد ذلك أن يكون التنفيــذ

---

(٨) عبد الباسط جميعى ــ محمود هاشم ــ المرجع السابق ص ١٠ ؛ فتحى والى ص ١٥٩ بند ٨ •

(٩) انظر وجدى راغب ــ المرجع السابق ص ٢٦٥ ــ فتحى والى ص ١٦١ ــ عبد الباسط جميعى ــ محمود هاشم ــ المرجع السابق المشار اليه ص ١١ ، ١٢ • عبد الخالق عمر ــ مبادىء التنفيذ ص ١٩٠ ؛ كيش وفنسان بند ١٤ ص ١٩ وكذلك :

تم على عقار أو على منقول . فالمشرع فى قانون المرافعات الجديد ، لم يترك تقدير الثمن الأساسى الذى يتم به بيع العقار ، لتقدير طالب التنفيذ ، وإنما يتم هذا التقدير وفقا لمعايير موضوعية بحتة حددها القانون . ولم يعد طالب التنفيذ ملتزما بشراء العقار بالثمن الأساسى الذى حدده[١٠] .

وعلى ذلك يكون للقاصر المأذون له بالادارة طلب التنفيذ على أموال مدينه ، كما يكون للوصى القيام بذلك دون الحصول على اذن من المحكمة بذلك . على أن القاصر الذى لا تتوافر فيه أهلية الإدارة لا يستطيع أن يطالب بحقوقه لدى الغير ، فهو يستطيع ذلك بداهة عن طريق من يمثله قانونا .

Glasson, Tissier et Morel, Traitè de Procèdure civile, Paris 1432, IV, P. 97.

وفنسان وبرينولت ، بند ٧١ ص ٥٨ ومابعدهما .

(١٠) اذ أن قانون المرافعات لم يسلك النهج الذى سلكه المشرع القديم فى قانون ١٩٤٩ والذى كان ينص فى المادة ٦٤٤ على أنه « اذا لم يتقدم مشتر ، ولم يكن قد حصل تعديل فى شروط البيع ، حكم القاضى بايقاع البيع على الحاجز بالثمن الأساسى » ، وكان هذا النص يلزم طالب التنفيذ اذن بشراء العقار بالثمن الأساسى فى حالة عدم وجود مشتر للعقار بهذا الثمن المحدد من قبل الطالب . ولما كان الشراء يعتبر تصرفا قانونيا ، فينبغى اذن أن يكون المشترى أهلا للتصرف . مما كان معه يستلزم توافر هذه الأهلية فيمن يطلب التنفيذ على العقار .

أما القانون الجديد ، فلم يرد فيه نص بهذا المعنى اذ أن الثمن الأساسى للعقار لم يعد متروكا لتقدير طالب التنفيذ عليه ، وانما يتم تقديره وفقا لقواعد موضوعية ، ويوجب القانون على القاضى ان يؤجل البيع مع انقاص الثمن مرة بعد أخرى ، ولا يوقعه على الدائن مباشر الاجراءات راجع أحكام المادتين (٤١٤ ، ٤٣٨ من قانون المرافعات الجديد) .

وطلب التنفيذ ، يكون لكل شخص نشأ له الحق فى التنفيذ — متى كان أهلا للادارة ، أو عن طريق من يمثله ان لم يكن أهلا لذلك ، وسواء بعد ذلك أكان الشخص شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا ، وسواء أكان شخصا عاما أم شخصا من أشخاص القانون الخاص[١١] .

١٣٩ — أثر تغيير الصفة أو الأهلية على اجراءات التنفيذ :

ماذا يكون عليه العمل لو توفى طالب التنفيذ أو فقد أهليته أو صفته أثناء مباشرة اجراءات التنفيذ ؟ هل يؤدى ذلك الى انقطاعها ؟ أم يكون لمن يحل محل المتوفى أو من فقد صفته أو أهليته ، الاستمرار فى هذه الاجراءات ؟ . تنص المادة ٢٨٣ من قانون المرافعات على أنه « من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن فى حقه ، حل محله فيما اتخذه من اجراءات التنفيذ » .

ومؤدى هذا أن الوفاة أو فقد الأهليــة أو الصفة لا يؤدى الى انقطاع اجراءات التنفيذ[١٢] ، وانما يكون لمن قام مقام الخصم المتوفى أو الذى فقد أهليتــه أو فقد صفته الحلول محله فى الاجراءات التى اتخذها المتوفى أو الذى خرج على أهليته أو فقد صفته [١٣] .

وســواء أكان الطالب هو الدائن مباشر الاجــراءات ، أو أحد الدائنين الحاجزين الآخرين ، وسواء كان التنفيذ بطريق حجز المنقول لدى المدين ، أو حجز ما للمدين لدى الغير أو كان بطريق التنفيذ على

---

(١١) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٢٦٤ . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع المشار اليه ، ص ١٨٩ .

(١٢) قارن احمد ابو الوفا — اجراءات ، بند ١١٠ مكرر ، ص ٢٦٠ .

(١٣) وفى ذلك قضت محكمة النقض بان حلول الغير قانونا أو اتفاقا محلّ الدائن فى حقه مؤداه احقيته فى الحلول محله فيما اتخذه هو او احد الدائنين الآخرين من اجراءات التنفيذ سواء وقع التنفيذ على منقول لدى المدين او لدى الغير ، او وقع على عقار (نقض ١٩٨٧/١/٧ فى الطعن ١٠٥٥ لسنة ٥٣ ق) .

العقار ، وسواء أكان حجزا تحفظيا أم تنفيذيا . وحكمة هذا النص المستحدث هي تفادى اعادة اجراءات التنفيذ مرة أخرى ممن حل محل الدائن ، واقتصادا فى المصروفات التى يتحملها فى النهاية المدين المحجوز عليه ، فضلا عن تمشى هذا الحكم مع ما تقضى به المادة ٣٢٩ مدنى من حلول المحال له محل الدائن فى خصائص حقه وفى ضماناته وفى توابعه .

المبحث الثانى

الأشخاص المنفذ ضدهم

١٤٠ — تحديد :

القاعدة أن التنفيذ لا يتم الا فى مواجهة المدين (الطرف السلبى فى السند التنفيذى) الا أنه فى حالات معينة يمكن أن يتم التنفيذ فى مواجهة الغير . ونتكلم فى ذلك على النحو الآتى :

المطلب الأول

التنفيذ ضد المدين (الطرف السلبى فى السند)

١٤١ — تعريفه وشروطه :

المنفذ ضده هو الطرف السلبى بالنسبة للحق فى التنفيذ أو الطرف الذى يتم اتخاذ اجراءات الحماية التنفيذية فى مواجهته[١٤] ، وسواء أكان هذا الشخص هو المدين بالدين أصلا أو كان كفيلا شخصيا للمدين الأصلى ، مع مراعاة أن اجراءات التنفيذ قد تتم فى مواجهة من لا يكون ملتزما بالأداء المنفذ من أجله ، كالكفيل العينى أو الحائز للعقار المرهون ، وذلك فى حالة التنفيذ بحق مضمون بحق عينى كرهن أو اختصاص ،

---

(١٤) وجدى راغب ص ٢٣٧ . زانزوكى ، الاشارة السابقة ص ١٨٩ .

هو الذى يعطى للدائن سلطة تتبــع المال فى أى يد تكون ، وذلك على التفصيل الآتى :

ويجب حتى يكون التنفيذ صحيحا على أموال المنفذ ضده أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولا : الصفة : يجب أن يكون المنفذ ضده ذا صفة بالنسبة للحق فى التنفيذ ؛ أى أن يكون طرفا سلبيا فى السند التنفيذى ، وبعبارة أخرى أن يكون ملتزما بالأداء الوارد فى السند المنشىء للحق فى التنفيـــذ ، فان لم يكن كذلك فلا يصح التنفيذ على أمواله • فيجب اذن أن يكون الشخص مسئولا مسئولية شخصية عن الدين الثابت فى السند ، سواء كان مدينا أصلا به أو كفيلا شخصيا للوفاء به [١٥] •

وتثبت هذه الصفة السلبية أيضا للخلف العـام للمدين ، ومن ثم يجوز التنفيذ على الورثة فى حدود ما آل اليهم من تركة المورث ، فاذا طبق على التركة نظام التصفية ، توجه اجراءات التنفيذ فى هذه الحالة الى المصفى المعين (م ١٨٣/١ مدنى) ، واذا لم تكن التركة خاضعة لنظام التصفية ، وجهت الاجراءات الى الورثة جميعهم للتنفيذ عليهم بموجب السند التنفيذى الصادر ضد مورثهم ، وذلك فى حدود ما آل اليهم من تركتــه ، بشرط اعلانهم أو اعادة اعلانهم بالســـند التنفيذى وتكليفهم بالوفاء ، وانقضاء ثمانيــة أيام على هذا الاعلان ، وذلك فى آخر موطن كان لمورثهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة ، أو لهم فى

---

(١٥) ذلك لان الكفيل الشخصى Caution Personnelle بناء على عقد الكفالة — يلتزم التزاما شخصيا فى كل ذمته بالوفاء بالالتزام اذا تخلف المدين الاصلى على الوفاء به (راجع مؤلف الدكتور محمد على امام — التأمينات الشخصية والعينية — ص ٣٦ وما بعدها • وفى عقد الكفالة عموما من ص ١٩ — ١٩٠) •

مواطنهم وأسمائهـم اذا تم الاعلان بعد انقضـاء هذه الفترة (٢٨٤ مرافعات) •

كما تثبت الصفة السلبية أيضا فى الخلف الخاص للمدين فى حدود معينة نبينها فيما بعد •

وهذه القاعدة ، اذ تقضى بصحة التنفيذ على من تتوافر فيه هذه الصفة السلبية ، فانها تقضى أيضا ببطلان التنفيـذ على من لم تتوافر فيه هذه الصفة ، الا أن المشرع خرج على هذا العموم وقضى بجواز التنفيذ على شخص لا تتوافر فيه هذه الصفة فى حالتين :

*** التنفيذ على الكفيل العينى : والكفيل العينى** Caution reelle
هو من يقوم برهن عقـار مملوك له ـ رهنا رسميا أو حيازيا ـ ضمانا للوفاء بدين فى ذمة غـيره[١٦] • وتقتصر هذه الكفالة على هذا العقار وحده ، دون أموال الكفيل الأخرى ، على عكس الكفيل الشخصى الذى لا تبرأ ذمته من الالتزام الا بالوفاء به • أما الكفيل العينى فلا يسأل عن دين المكفول الا فى حدود العين المرهونة •

ويجيز القانون التنفيـذ على الكفيل العينى بالرغم من أنه ليس مدينا أصليا للدائن ، ولكن فى حدود العين التى قدمها • واذا يستطيع هذا الكفيل أن يتفادى اجراءات التنفيـذ الموجهة اليه ، اذا تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع المقررة فى القانون المدنى بشأن التخلية •

*** التنفيذ على الحائز** : اذا كان الحق المراد التنفيذ اقتضاء له ، مضمونا بتأمين عينى كرهن مثـلا ، فان الدائن بهذا الحق يستطيع ـ بما له من حق التتبع الناشىء عن التأمين العينى ـ التنفيذ على العقار المرهون فى أى يد تكون ، أى حتى تحت يد من انتقلت اليه ملكية العقار

---

(١٦) راجع محمد على امام ـ الاشارة السابقة ـ ومنصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ٢ ص ٩ وما بعدها •

بعد الرهن ، وهو ما يطلق عليه لفظ (الحائز Possesseur) وقد عرفته المادة ١٠٦٠ من القانون المدنى بأنه « كل من انتقلت اليه — لأى سبب من الأسباب — ملكية هذا العقار (المرهون) •• دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » •

واذا كان التنفيذ جائزا على الحائز بالرغم من أنه ليس مدينا للمنفذ استثناء من القواعد العامة ، فان المشرع قد أجاز لهذا الحائز تفادى اجراءات التنفيذ الموجهة اليه ، اذا قام بقضاء الدين المضمون أو بتخلية العقار المرهون ، أو بتطهير العقار من الرهون بعد الاتفاق مع الدائنين المرتهنين(١٧) •

١٤٣ — ثانيا : الأهليــة :

يجب أن تتوافر فى المنفذ ضده أهليــة الوفاء بالالتزام ، وفضلا عن ذلك يجب أن يكون صالحا للتنفيذ عليه ، بمعنى أنه يجب فضلا عن ضرورة توافر أهلية الأداء فى المنفذ ضـده ، توافر أهلية الوجوب فيه أيضا ، بمعنى أن يكون الشخص مما يجوز التنفيذ عليه قانونا :

(ا) أهليــة الوجوب :

ومعناها صلاحية الشخص للتحمل بالالتزام واكتساب الحقوق • وفى هذا الخصوص صـلاحيته لأن يكون مدينا وجائز التنفيذ عليـه • والقاعدة العامة هى : أن كل من تحققت فيه صفة المديونية وهى الصفة السلبية بالنسبة للحق فى التنفيذ ، كان صالحا للتنفيذ على أمواله ، وفاءا للحق الملتـزم به • الا أن المشرع يخرج على عموم هذه القـاعدة ، ويمنع التنفيذ على بعض الأشخاص لما يتمتعون به من حصانات معينة ، نذكر منها :

---

(١٧) راجع فى ذلك محمد لبيب شنب — المرجع السابق ص ٩٠ — ١٠٠ •

١ — الدولة أو أحد فروعها :

اذا تحققت صفــة المديونية فى الدولة أو أحد فروعهــا أو أحد الأشخاص المعنوية العامة فلا يجوز الحجز أو التنفيذ — رغم ذلك — على أموالهــا[١٨] • فالمشرع قد منع الحجز أو التنفيــذ على الأموال العامة ، ذلك لأن هذه الأموال لا يجوز تملكها أو التصرف فيها (المادة ٨٧ من القانون المدنى) • وهذا الحكم مسلم به فقها وقضاءا بالنسبة للأموال العــامة وحدها ، وهى ما يطلق عليهــا « الدومين العام » أو « الأملاك العامة » Domaine Public [١٩] • وانما ثار الخلاف حول الأموال الخاصـــة للدولة وهى ما يطلق عليهــا « الدومين الخــاص » Domaine Prive'

فهناك من يرى عدم جواز التنفيــذ على الأموال الخاصة المملوكة للدولة • استنادا الى يسار الدولة دائما ، وتجنبا لما يؤدى التنفيذ على أموالها من المســاس بسمعتها ، والاخلال بهيبتها[٢٠] • ولكننا لا نرى هذا الرأى لأن التنفيذ على أموال المدين ، لا يرتبط بيساره أو اعساره ، وانما يرتبط بعدم قيامه بالوفاء بما عليه من التزامات ، فيجوز التنفيذ عليه اقتضاء لها حتى ولو كان موسرا ، ومن ناحية أخرى تحقيقا لحماية

---

(١٨) كيش وفنسان — المرجع السابق ص ٣٠ بند ٢١ مكرر .

(١٩) وهى تلك الأموال المملوكة للدولة أو أى من الأشخاص الخاضعة للقانون العام والمخصصة للمنفعة العــامة بالفعــل ، أو بمقتضى قانون « مرسوم » أو قرار من الوزير المختص . (المادة ٨٧ من القانون المدنى) . انظر فى الأموال العامة — الدكتور سليمان الطماوى — الوجيز فى القــانون الادارى — دار الفكر العربى ، ١٩٧٣ ص ٥٨٤ وما بعدها .

(٢٠) محمد حامد فهمى — تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية سنة ١٩٥٢ ص ١١٢ بند ١٣٤ . أبو هيف ، طرق التنفيذ بند ٢٨١ ص ١٧٦ . عبد الباسط جميعى ، التنفيذ ، ١٩٦١ ص ٣٥ ، بند ٣٣ . أحمد أبو الوفا — اجراءات التنفيذ ١٩٨٢ بند ١١١ ص ٢٦٣ .

حقوق الدائنين قبل الدولة اذا لم تقم بالوفاء بما عليها من التزامات ، اذ لن يكون هناك طريق آخر لاقتضاء مثـل هذه الحقوق من الدولة ، فضـلا عن أن الدولة اذا لم تقم بالوفاء بما عليهـا من التزامات فانها ترتكب بذلك خطأ . وهى التى وضعت نفسها هذا الموضع ، فلا يطالب الغير بضرورة احترام الدولة المخلة بالتزاماتها[٢١] .

٢ ـ الدول والمنظمات الأجنبية وممثليها فى الدول الأخرى :

عندما يكون المدين دولة أجنبية أو منظمة دولية فلا يجوز التنفيذ على أموال هذه الدولة الأجنبية ولا تلك المنظمة الدولية نظرا لما تتمتع به من حصانات قضائية ، مانعة من خضوعها للقضـاء الوطنى الا اذا قبلت ذلك صراحة ، وذلك اعمالا لمبادىء القانون الدولى وفكرة المجاملات الدولية[٢١] . ومرجع ذلك الى أن القاضى الوطنى انما يستمد ولايته من القانون الداخلى لدولته ، وبالتالى فلا يمتد سلطانه خارج حدودها لما فى ذلك من مساس بسيادة الدول الأجنبية ، ويتفرع على ذلك عدم جواز توقيع الحجز على الأموال المملوكة للدولة الأجنبية الموجودة على الاقليـم الوطنى[٢٣] ، وثارت الصعوبة حول نطاق هذه الحصـانة

---

(٢١) أنظر فتحى والى ـ المرجع السابق ص ١٦٩ ـ ١٧٠ بند ١١٢ . وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٢٦٩ . امينة النمر ـ التنفيذ الجبرى ، ١٩٧٢ ـ ص ١٧٤ ، وقارن رمزى سيف ، المرجع السابق ص ١٣٦ بند ١٤٣ . ويستشف من حكم حديث لمحكمة النقض المصرية ما يدل على الراى الذى نذهب اليه . انظر نقض ٢٣/٤/١٩٦٨ ، المجموعة س ١٩ ص ٨١٦ .

(٢٢) انظر كيش وننسان . المرجع السابق ص ٣٠ ـ ٣١ بند ٢١ مكرر وأنظر عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص . الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ، سنة ١٩٧٤ ص ٧٥٧ وما بعدها بند ٢٠٠ وما بعده .

(٢٣) راجع فى ذلك عبد العزيز سرحان ـ القانون الدولى العام ، =

القضائية المقررة للدول الأجنبية ، وهى تشمل سائر التصرفات التى تقوم بها أم لا ؟ يذهب الاتجاه التقليدى فى القانون الدولى العام ويجاريه فى ذلك القضاء الأمريكى والانجليزى وغيره الى أن هذه الحصانة تمتد لتشمل كل التصرفات التى تقوم بها الدولة الأجنبية . أما الاتجاه الحديث فيفرق بين أعمال السلطة العامة وغيرها من التصرفات، ولا تمتد الحصانة إلى التصرفات التى لا تعتبر من قبيل أعمال السلطة العامة وأخذ بذلك القضاء الايطالى والبلجيكى وأخيرا القضاء الفرنسى. وأيضا هو اتجاه القضاء المصرى أيضا حيث قضت به عدد من المحاكم الابتدائية ، ثم سطرت محكمة النقض ذلك فى أحكامها الحديثة حيث استقر قضاؤها على أن الحصانة القضائية للدولة الأجنبية تنحصر فى الأعمال التى تباشرها الدولة بما لها من سيادة ، وتنحسر عن المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات[٢٤] .

واعمالا لفكرة الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدول الأجنبية فلا يجوز توقيع الحجز — ولو كان حجزا تحفظيا — على أموالها العامة

=

١٩٧٣ ص ٣٨٣ وما بعدها ، ومؤلفه الخاص بالعلاقات الدبلوماسية والقنصلية ، القاهرة ١٩٧٣ . وكذلك محمد حافظ غانم ، مبادىء القانون الدولى العام — الطبعة الثانية ١٩٥٩ ، ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ . وعز الدين عبد الله ، الاشارة السابقة .

(٢٤) نقض ١٩٨٦/٤/٢٩ فى الطعون أرقام ١٤١٢ ، ١٤٦٨ ، ١٤٩٥ لسنة ٥٠ ق ، وتفصيلا عبد العزيز سرحان — المرجع السابق ص ٣٨٤ . محمد حافظ غانم ص ٢٩٧ . ومقال للأستاذ عمر لطفى حول « الاعفاء القضائى المقرر للدول الأجنبية أمام المحاكم المختلطة » — منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ١٩٥٥ ص ٥٦ . فاذا ما قامت الدولة الأجنبية بعمل تجارى فيجوز التنفيذ عليها تحت يد أى بنك فى مصر لها فيه حساب جار او وديعة ، وفاءا لالتزامها الناشىء عنه (أحمد أبو الوفا — اجراءات التنفيذ ١٩٧٦ — ص ٢٦١ . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص ٧٥٨ وما بعدها .

الموجودة على الاقليم الوطنى ، مثل أجور السفارات والقنصليات وغيرها من مقار المكاتب التمثيليــة الأخرى التجارية أو الثقافية أو الحربية ، ولا على محتويات هذه المقار من منقولات ، ولا حتى المنقولات المملوكة للدولة الأجنبيــة ولو وجدت خارج مقار البعثات التمثيليــة كالسيارات المخصصة للاستعمال الرسمى لهذه المكاتب[٢٥] .

وتنطبق القواعد المتقدمة على الأموال المملوكة للمنظمات الدولية مثل : هيئة الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة ، وجامعة الدول العربية ، ومنظمة الوحــدة الافريقية ، اذ أن هذه المنظمات تتمتــع بالحصانات الدبلوماسية ، ومن ثم فلا يجوز التنفيذ على أموالها .

والحصانة القضائية الدولية لا تتمتع بها الدول وحدها ، بل يتمتع بها أيضا ممثلوها الدبلوماسيون مثل السفراء والقناصل، وكذلك ملحقوها التجاريون والثقافيــون وغيرهم ، فهؤلاء لا يخضعون لولاية القضاء الوطنى ، لأنهــم يمثلون دولهم الأجنبيــة فى الدولة الموجودين على اقليمها ، ولا يجوز من ثم التنفيذ على أموالهم ، تمكينا لهم من مباشرة وظائفهم التمثيلية ، وأداء أعمالهم دون عائق ، ولكن هذه الحصانات مقــررة للوظيفة ذاتها وليست تحقيقــا لفائدة شخصية للممثــل الدبلوماسى[٢٦] .

ويعد العرف الدولى المصدر العام لهذه الحصانات الدبلوماسية ، فيجب الرجوع اليــه لتقرير هذه الحصانات أو إنتفائها الا أن هنــاك اتفاقية خاصة بالعلاقات الدبلوماسية ، تعد المصدر الأساسى المقنن لهذه

---

(٢٥) عبد الباسط جميعي — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١٧ .

(٢٦) محمد حافظ غانم — الوجيز فى القانون الدولى العام ، ١٩٧٣ ص ٤٣٢ ، عز الدين عبد الله — المرجع السابق ص ٧٧١ بند ٢٠٣ . وراجع بالنسبة للمنظمات الدولية — مؤلف حافظ غانم (الأمم المتحدة) ١٩٦٣ م .

الحصـــانات الدبلوماسية ، وهي ما تعرف (باتفاقيـــة فينا المبرمة فى ١٨/٤/١٩٦١) ، ونجد فى هذه الاتفاقية فضـــلا عن تقريرها لحصانة رجال السلك الدبلوماسى فى المسائل الجنائية ، تقرر لهم أيضا حصانة فى المسائل المدنية وغيرها ، فنصت المادة ٣١ منها على أنه « يتمتع رجال السلك الدبلوماسى بالحصانة فى المسائل المدنيـــة والادارية ، فيما عدا الأحوال الآتية :

— الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة على أرض الدولة الموفـــد اليها ، اذا كانت غير مخصصة لأغـــراض البعثة الرسمية .

— الدعاوى الخاصة بالميراث التى تتصل بالممثل الدبلوماسى نفسه باعتباره منفذا أو مديرا أو وارثا أو موصى له .

— الدعاوى المتعلقة بنشـــاط مهنى أو تجارى يقوم به الممثـــل الدبلوماسى فى الدولة الموفد اليها خارج نطاق عمله الرسمى[٢٧] .

(ب) أهلية الأداء :

فضلا عن ضرورة توافر أهلية الوجوب فى المنفذ ضده ، يجب كذلك حتى توجه اجراءات التنفيذ عليـــه ، أن يكون أهلا للوفاء بالالتزام ، وبما أن الوفاء يعد تصرفا قانونيـــا ، فيجب اذن أن يكون صادرا من شخص يعتد القانون بأهليته ، أى يجب أن يكون المنفذ ضده أهلا لهذا

---

(٢٧) محمد حافظ غانم — المـــرجع الســـابق ص ٤٣٦ وما بعـــدها لما عليهم من ديون مدنية او تجارية اذا وجدت خارج دار السفارة أو القنصلية ومن ثم يجوز توقيع الحجز على الأموال الخاصة بالدبلوماسيين الأجانب وفاء أو المقر التمثيلى الذى يعمل فيه . لأن حصانة هذه الدور تشمل كافة الأموال الموجودة فيها ولو كانت اموالا خاصة بالدبلوماسيين ، انظر عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ١٧ ، ١٨ وانظر بالتفصيل مؤلف عز الدين عبد الله — المشار اليه بند ٢٠٣ ، ص ٧٧٥ وما بعدها .

التصرف ، أى بالغا سن الرشد القانونى ، غير محجوز عليه ، لعارض أعدم أو أنقص من أهليته وذلك أيا كانت طريقة الحجز ، أى سواء كان حجزا تنفيذيا على المنقول أو حجزا على العقار • فاذا وجهت الاجراءات الى شخص لم تكتمل له أهلية الأداء هذه ، كانت هذه الاجراءات باطلة • على أن ذلك لا يعنى، عدم امكانية الحصول على الحق من عديم أو ناقص الأهلية ، ويكون على صاحب الحق الانتظار ، حتى تكتمل أهلية مدينه ، ثم يتخذ اجراءات التنفيذ ضده بعد ذلك ، بل يمكن الحصول على حق الدائن بالتنفيـــذ على أموال القاصر أو ناقص الأهليـــة ، بشرط توجيه اجراءات التنفيذ الى من يمثل هذا القاصر تمثيلا قانونيا كالوصى أو الولى أو القيم • ويوجب القانون على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخـــير ، ما يتخذ ضد القاصر من اجــراءات ، وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة (المادة ٤٢ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال) • ومن ناحية أخرى ، يمكن توجيه اجراءات التنفيذ المباشر ، ضد القاصر نفسه ، اذا كان مأذونا له بالادارة لتنفيذ الالتزامات المترتبة على أعمال الادارة التى اتخذها ، وذلك لأن القاصر بالنسبة لهذه الأعمـــال المأذون بادراتها يكون أهلا للتصرف فيها وحكمة ذلك تظهر أن التنفيذ المباشر مجرد استيفاء لمحل الالتزام الأصلى نفسه، وهو ما يملك القاصر الوفاء به اختيارا •

فتقضى المادة ١١٢ من القانون المدنى بأنه اذا بلغ الصبى الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها وكانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحـــة فى الحدود التى رسمها القانون وتقضى المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال بأن « للقـــاصر المأذون أن يباشر أعمال الادارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال[٢٨] •

---

(٢٨) انظر فى تفاصيل اهلية الصبى غير المميز ، اسماعيل غانم — محاضرات فى النظرية العامة للحق — الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ١٩٠ وما بعدها •

* **مخالفة الأهليــة :**

واذا وجهت اجراءات التنفيذ الى قاصر لم يبلغ سن الرشد ولم يكن مأذونا له بالادارة (فى خصوص تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها) كانت هذه الاجراءات باطلة . ويذهب البعض الى أن تقرير هذا البطلان يتعلق بالنظام العــام ، ومن ثم يجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى به ولأى من الخصوم طلبه . وفى أى مرحلة كانت عليها الاجراءات فلا يجب القول بأن اجــراءات التنفيذ تكون صحيحة اذا لم يعتــرض عليها ناقص الأهلية أو ممثله القانونى قياسا على العقود . فالأمر هنا يتعلق بمركز قانونى(٢٩) .

ويذهب رأى آخر(٣٠) الى أن البطلان هنا يتعلق بالنظام العام ، ولكن بالقدر اللازم لحماية ناقص الأهليـــة أو عديمها : فيكون لناقص الأهلية أو لمن لم يمثل قانونا التمسك بالبطلان ولو بعد انتهاء اجراءات التنفيذ . ويكون للخصم الآخر أن يتمسك به أيضا ، اذ لا يصح أن يلتزم بالأستمرار فى اجراءات قد يتقرر بطلانها بعد ذلك نتيجة التمسك به . وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . الا أن هذا الرأى يعود ليقرر . أنه يكون للخصم بعد زوال عيب أهليته النزول عن البطلان الناشىء عن نقص الأهلية أو عدم صحة التمثيل القانونى له ، واذا تم النزول صحح البطلان . وبعــد هذا النزول لا يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقــاء نفسها ، ولا يكون للخصم الآخر التمسك به . ورغم وجاهة هذا الرأى ، الا أننا لا نعرف كيف يتحول البطلان . من بطلان متعلق بالنظام العام لا تلحقه الاجازة ولا يسقط التمســك به بالتقادم . الى بطلان متعلق

---

(٢٩) عبد الباسط جميعى — محمود هاشــم — المبادىء العامة سنة ١٩٧٨ ، ص ٢٣،٢٢ .

(٣٠) فتحى والى — التنفيذ الجبرى — ١٩٨٤ ، بنــد ٨٩ ص ١٧٢ .

بالمصلحة الخاصة ، يرد عليه التقادم وتلحقه الاجازة ؟ فالأمر ، اما أن يكون متعلقا بالنظام العام ، واما ألا يكون متعلقا به ؛ ولهذا نرى أن البطلان الناشىء عن نقص الأهلية أو انعدامها يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام[٣١] .

١٤٥ — اثر زوال صفة أو أهلية المدين أو الحكم بافلاسه :

قد يحـــدث أن يفقد الطرف السلبى صفته أو أهليتـــه ، أو يفقد من يقوم بتمثيله صفته أو أهليته ، أو يتم شهر افلاس المدين . فما أثر كل ذلك على اجراءات التنفيذ .

١٤٦ — أولا : زوال صفة المنفذ ضده :

١ — رأينا فيما تقدم أن الصفة السلبية بالنسبة للحق فى التنفيـــذ تتوافر أيضا فى **الخلف العام للمورث** . اذ يجوز التنفيذ **على ورثته** ، فى حـــدود **ما آل اليهم من تركة** وفى هـــذه الحالة يجب على الطرف الايجابى **أن يعلن** الورثة بالسند التنفيذى ، **حتى ولو سبق اعلانه الى مورثهم** ، وانتظار ثمانيـــة أيام على الأقل ، من تاريخ هـــذا الاعلان ، والبدء فى التنفيذ عليهم ، والحكمة من ذلك ، أن الورثة قد لا يكونون على بينـــة من أمر هذا السند ، واعطائهم مهلة كافيـــة لدراسته ؛ لكى يقررون اما تنفيذه طواعية ، تجنبا لاجراءات التنفيذ الجبرى عليهم ، واما يثيرون منازعات حول حق الدائن فى التنفيذ . ويطبق هذا الحكم ســـواء حصلت وفاة المورث قبـــل البدء فى التنفيذ أو بعده[٣٢] . نظرا

---

(٣١) قارن عبد الخالق عمر — مبادىء ص ١٩٦ بند ١٩٧ . رمزى — المرافعات جـ ١ ، بند ٤٠ ، ص ١٦٣ .

(٣٢) وعلى هذا الرأى الغالب . فتحى والى — التنفيذ الجبرى سنة ١٩٨٤ ص ١٦٦ بند ٨٦ . محمد عبـــد الخالق عمر ص ١٩٢ بند ١٩٤ .

لصراحة نص المادة ٢٨٤ من قانون المرافعــات والتى تقضى بأنه « اذا توفى المدين ٠٠ قبل البدء فى التنفيذ أو قبــل اتمامه (أى بعد البدء فى التنفيذ وقبل تمامه) ، فلا يجوز التنفيذ قبل ورثته الا بعد مضى ثمانية أيام من تاريخ اعلانهم بالسند التنفيذى »[٣٣] .

=

ابو الوفا — اجــراءات التنفيــذ ص ٢٦٣ ، بنــد ١١٢ عــكس ذلك

ابو الوفا — اجــراءات التنفيذ ص ٢٦٣ ، بنــد ١١٢ عكس ذلك الدكتور عبد الباسط جميعى ، والذى يفرق بين الوفاة الحاصلة قبل البدء فى التنفيذ. وفيها يجب على الدائن ان يعلن الورثة بالسند التنفيذى ولو كان قد سبق اعلانه لمورثهم وبين الوفاة الحاصلة بعد البدء فى اجراءات التنفيذ ، وفيها لا يجب على الدائن اعادة اعلان الورثة بالسند التنفيذى ، فالفرض انه سبق اعلانه الى مورثهم (التنفيــذ سنة ١٩٦١ ص ٤٢ — ٤٦ بند ٤٠ — ٤٥) والواقع أن هذا الراى يتعارض مع النص التشريعى الوارد فى المادة ٢٨٤ والتى تستوجب اعلان الورثة فى جميع الأحوال ولو كان قد تم اعلان السند التنفيذى الى مورثهم فضلا عن ان المشرع لم يكن عابثا عنــدما وضع مثل هذا النص . اذ يكون من العبث اذا كان المشرع قد وضعه قاصدا اعلان الورثة بالسند التنفيذى ولو كان قد سبق اعلانه الى مورثهم ، اذا ما اراد الدائن التنفيذ على الورثة نظرا لوفاة مورثهم قبل البدء فى اجراءات التنفيذ . ذلك لأن التنفيذ لا يكون صحيحا الا اذا تم الاعلان للشخص المراد التنفيذ عليه وهو هنــا الورثة فاعلان السند التنفيذى يعد مقــدمة من مقدمات التنفيذ منصوص عليه فى المادة ٢٨١ ولم يكن المشرع بحاجة الى النص عليه ثانية فى المادة ٢٨٤ ، الا اذا كان يقصد أن الاعلان يجب أن يتم للورثة اذا ما حدثت الوفاة بعد البدء فى اجراءات التنفيذ .

(٣٣) ما ورد بالمتن ، انما يطبق على الحالات التى لا تخضع فيها التركة لنظام التصفيــة وفقا للمواد ٨٧٥ ، وما بعدها من القانون المدنى . اما اذا كانت التركات مما تخضع لهذا النظام فالمشرع نص فى المادة ١/٧٧٣ على انه لا يجوز من وقت قيد الأمر الصــادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون اى اجــراء على التركة ، كما لا يجوز لهم الاستمرار فى الاجــراءات التى اتخذوها الا فى مواجهة المصفى ، وعليه لا تطبق احكام المادة ٢٨٤ فى هذا الخصوص ، ولا يجوز اتخاذ اى اجراء فى مواجهة الورثة وحدهم والا كان باطلا .

على أن المشرع لم يشأ أن يشق على الطرف الايجابى ، بضرورة البحث عن ورثة المتوفى ، ومعرفة أسمائهم ومواطنهم حتى يتسنى اعلان كل منهم بالسند التنفيذى باسمه وفى موطنه ، فأجاز المشرع للدائن أن يعلن الورثة جملة فى آخر موطن كان لمورثهم بغير بيان أسمائهم وصفاتهم ، اذا تم ذلك قبل انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة (م ٢٨٤ مرافعات) • فاذا انقضت هذه الفترة وأراد الدائن اعلان ورثة مدينه ، فانه يلزم اعلان كل من الورثة باسمه وفى موطنه • مع مراعاة أنه اذا كان بين أولئك الورثة قصر فان الاعلان يجب توجيهه الى وصيه أو وليه وفى موطن الوصى أو الولى ، والذى يعتبر موطنا للقاصر بحكم القانون م (٤٢/١ مدنى)[٣٤] •

٢ ــ قد تتوافر الصفة السلبية أيضا فى الخلف الخاص :

كما لو تمت حوالة الدين فيكون للدائن الناشىء له الحق فى التنفيذ فى مواجهة المدين الأصلى المحيل ، التنفيذ فى مواجهة المحال عليه ، اذا يترتب على حوالة الدين ونفاذها أن يصبح المحال عليه مدينا ملتزما بالوفاء بالدين الأصلى ومن ثم يخضع للتنفيذ الجبرى فى مواجهته كأثر للحوالة[٣٥] •

وكذلك التنفيذ ضد حائز العقار المرهون ، اعمالا لحق التتبع المقرر للدائن على هذا العقار ، الذى يجيز له التنفيذ على هذا العقار ، تحت أى يد يكون •

١٤٧ ــ ثانيا : فقد أهلية الطرف السلبى أو زوال صفة من يمثله :

اذا فقد الطرف السلبى أهليته لأى سبب من الأسباب ــ لجنون أو عته أو غفلة أو حكم عليه بعقوبة الجنائية ــ وعين له قيما من قبل المحكمة المختصة ، أو زالت صفة من يمثله تمثيلا قانونيا ، كأن يتم عزل

---

(٣٤) عبد الباسط جميعى ــ محمود هاشم ــ المرجع السابق ص ٢٤ •
(٣٥) فتحى والى ــ المرجع السابق ص ١٦٧ •

الوصى أو القيم . فاذا ما حدث ذلك قبل البدء فى التنفيذ ، فلا خلاف بين الفقهــاء حول ضرورة توجيه أجراءات التنفيـــذ بما فيه مقدماته ، ومنها اعلان السند التنفيذى المتضمن للتكليف بالوفاء ، الى من يمثل المدين المنفذ ضده تمثيلا قانونيا ، أو الى من يحل محل من كان يمثله ، ولكن الخلاف قد انحصر حول ما اذا حدث هذا التغيير بعد بدء اجراءات التنفيذ . فمن الفقهـــاء من يذهب الى أن ذلك لا يؤثر على الاجراءات السابقة ، فلا تنقطع خصومة التنفيذ ، ويلزم الاستمرار فى الاجراءات اللاحقة على هـــذا التغيير فى مواجهة القيـــم أو من حل محل من زالت صفته التمثيلية[٣٦] ، ودون اعلانهم بالسند التنفيذى الذى سبق اعلانه الى المدين . ومن الفقهاء من يذهب الى أنه اذا تحقق سبب من أسباب انقطاع الخصومة (كالوفاة — أو فقد الأهلية أو زوال صفة من يباشر الاجراءات نيـــابة عن المدين) ، قبل البدء فى التنفيذ أو قبـــل اتمامه فلا تصح اجراءات الحجز أو التنفيذ التى تتم بعد ذلك الا بعد اعلان السند التنفيـــذى الى من يقوم مقـــام المدين أو من فى حكمه ، وبعد انقضاء ثمانية أيام كاملة من هذا الاعلان[٣٧] .

ولا شـــك أن الرأى الأخير هو الذى يتفق وصراحة نص المـــادة ١/٢٨٤ والتى نصت على أنه « اذا توفى المدين أو فقد أهليته أو زالت صفة من يباشر الاجراءات بالنيابة عنه . قبل البدء فى التنفيذ ، أو قبل اتمامه ، فلا يجوز التنفيذ قبل ورثته أو من يقوم مقامه الا بعد مضى

---

(٣٦) فتحى والى . التنفيذ الجبرى — ص ١٧٠ . عبد الباسط جميعى — التنفيذ ، ١٩٦١ ، ص ٤١ بند ٣٩ . روكو — محاضرات ج ٣ ، ص ٤٨ — ٥١ . زانزوكى . ج ٣ ، ص ٤٠٤ — ٤٠٥ .

(٣٧) احمد ابو الوفا — اجراءات التنفيذ ، ١٩٧٦ ص ٢٦٢ — ٢٦٦ — بند ١١٢ — امينة النمر ، ص ٤٢ — ٤٣ ، المرجع السابق . محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ — ص ١٩٣ .

ثمانية أيام من تاريخ اعلانهم بالسند التنفيــذى » فالمشرع لم يفرق بين الوفاة أو فقد الأهليــة أو زوال الصفة ، ولم يفرق أيضا بين ما اذا كان حدوثها قد تم قبل البدء فى التنفيذ أو أثنائه ، ففى جميع الحالات يجب اعلان السند التنفيــذى لمن يحل محل المدين أو من يمثله أو من يحل محــل من زالت صفته ، حتى ولو كان الاعــلان قد تم قبل ذلك ، والانتظار ثمانيــة أيام قبل القيام بالتنفيــذ • والمطلق كما هو معروف أصوليا ، يجرى على اطلاقه الى أن يقوم الدليــل على التخصيص أو التقييد •

فاذا لم يتوافر ذلك ، كانت الاجراءات باطلة ، على أنه يلاحظ أن البطلان هنــا مقرر لمصلحة الورثة ، أو مصلحة المنفذ ضــده القاصر أو المحجور عليه والذى يمثله وليه أو وصيه أو القيم عليه ومن ثم يكون للورثة دون غــيرهم التمسك بالبطلان اذا لم يتم الاعــلان اليهم على النحو الذى قضت به المــادة ٢٨٤ ، كما يجوز لهم النزول عنــه صراحة أو ضمنا[٣٨] •

١٤٨ ــ ثالثا : الحكم بافلاس المدين :

رأينا فيما سبق أن التنفيذ موضوع هذا المؤلف هو التنفيذ الفردى الذى يقع على الدائن وحــده عبء القيام باجراءاته وتسيــيرها حتى يحصل على حقه الثابت فى السند الذى يتم التنفيذ بمقتضاه • ولكن ذلك لا يمنع من اشتراك دائنين آخــرين للمدين نفسه فى التنفيذ على المال أو الأموال التى يتم التنفيذ عليها من قبل دائن آخر ، ويشتركون معا فى اقتسام حصيلة التنفيذ طبقا لقواعد قسمة الغرماء ، الا من كان له منهم أولوية طبقا للقانون •

---

(٣٨) عبد البــاسط جميعى ــ محمود هاشــم ــ المرجع السابق ص ٢٥ ــ ٢٦ •

وهذا التنفيذ الفردى يتميز عن نوع آخر من التنفيذ وهو التنفيذ الجماعى وهو ما يطلق عليه فى الفقه الايطالى Esecuzione Concursale [٣٩] تمييزا عن التنفيذ الفردى Esecuzione Singolare ويتميز التنفيذ الجماعى بوحدة الاجراءات وبالمساواة بين الدائنين العاديين وأصحاب الامتيازات العامة ، ويمثل الافلاس[٤٠] فى القانون المصرى هذا النوع من التنفيذ الجماعى ، ويقصد به تصفية أموال المدين التاجر وبيعها تمهيدا لتوزيع ما يتحصل منها على الدائنين وفقا لنظام قسمة الغرماء[٤١] . والافلاس نظمه المشرع فى مجموعة القانون التجارى ، تنظيما دقيقا ، محددا شروطه واجراءاته ، مبينا ما يترتب عليه من آثار بالنسبة للمدين وللدائنين . على أن المشرع لم يقرر حالة الافلاس هذه على مجرد توقف المدين التاجر عن الوفاء بالتزاماته الحالة ، وانما استلزم صدور حكم بذلك . والمحكمة المختصة التى تصدره هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها موطن المدين التاجر . (المادة ٤٢ من قانون المرافعات) والتى تقضى بأنه « مع عدم الاخلال بما للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل فى الافلاس والصلح الواقى ... » ويعد الافلاس من المسائل التى تدخل فى الاختصاص النوعى للمحاكم الابتدائية بغض النظر عن قيمة ديون التاجر أو رأسماله

---

(٣٩) انظر كوستا — ص ٥١٠ — ١١ بند ٣٨٤ .

(٤٠) ولا يعتبر نظام الاعسار Dsculituse المعروف بالنسبة للمدينين غير التجار والمنظم فى القانون المدنى ، نظاما للتنفيذ الجماعى ، فالمادة ٢٥٦ من القانون المدنى تنص على أن شهر الاعسار لا يحول دون اتخاذ الاجراءات الفردية من قبل الدائنين . انظر اسماعيل غانم — النظرية العامة للالتزام — الجزء الثانى سنة ١٩٦٧ ص ٢٢٢ بند ٩٧ ، السنهورى — الوجيز — ص ٩٣٠ — ٩٣١ بند ٩٣٠ .

(٤١) محمد سامى مدكور — على حسن يونس ، الوجيز فى الافلاس — ١٩٧٤ ص ٣ بند ١ ، كوستا ، ص ٥١٠ بند ٣٨٤ . حسنى المصرى — الافلاس طبعة أولى — ١٩٨٨ ، ص ٤ — ٩ .

وذلك لأنهـا أقدر من غيرها على تقـدير ائتمان التاجـر • وفحص نشاطه • وجدير بالذكر أن الحكم الصادر بشهر الافلاس ، يعتبر حكما موضوعيا محققا للحماية الموضوعيـة ولكنه لا يعد حكما تقريريا كاشفا عن حالة الافلاس وانما يعد حكما منشئا لها ، قاضيا باتخاذ مجموعة من الأعمال القانونية اللازمة لتصفية ذمة المدين التاجر تصفية جماعية وقسمة أمواله على الدائنين[٤٢] •

آثار الافلاس :

ترتب الحكم بالافلاس آثارا قانونية معينة ، أهمها :

(ا) رفع اليـد :

يرتب القانون أثرا جوهريا على الحكم بشهر افلاس المدين يتمثل فى رفع يده من تاريخ هـذا الحكم عن ادارته جميع أمواله والتصرف فيها ، وعن ادارة الأموال التى تؤول ملكيتها اليه وهو فى حالات الافلاس (٢١٦ من القانون التجارى) •

(ب) وقف الاجراءات القانونية :

وفضلا عن الأثر الجوهرى الذى يرتبه الافلاس ، فانه يرتب أثرا قانونيا آخر بالنسبة للدائنين ، يتمثـل فى منعهم من اتخاذ الاجراءات الفردية للتنفيـذ على أموال المفلس • فنظرا لأن الافلاس يعد نظاما جماعيا للتنفيذ ، فمن المنطقى اذن منع أو وقف اتخاذ الاجراءات الفردية للتنفيـذ على أموال المدين المفلس ، وذلك تحقيقا لمبـدأ المساواة بين الدائنين العاديين وأصحاب حقوق الامتيـاز العامة (المقررة على كل أموال المدين) •مع ملاحظة أن نظام الافلاس لا يمنع أصحاب التأمينات العينية من استيفاء حقوقهم المضمونة بها ، بالأولوية على ما دونهم • وهذه القاعدة المانعة من اتخاذ الاجراءات الفردية ، وان لم يـرد بشأنها

---

(٤٢) سامى مدكور — على يونس — المرجع السابق ص ٣ • حسنى المصرى ، المرجع السابق ، ص ٨ •

نص فى القانون التجارى ، الا أنها قاعدة تقتضيها طبائع الأشياء ، وحكمة تنظيم الافلاس ذاته ، اذ يغدو هذا النظام عقيما ، اذا سمح للدائنين بالاستمرار فى اتخاذ الاجراءات الفردية لاستيفاء حقوقهم[٤٣].

١٤٩ — حدود هذا الأثر المانع من اتخاذ الاجراءات الفردية :

١ — أن هذا الأثر المانع من البدء فى اتخاذ الاجراءات الفردية للتنفيذ على أموال المدين المفلس ، أو الموقف لتلك الاجراءات اذا كانت قد اتخذت قبل الافلاس ، **لا ينطبق على الدائنين أصحاب التأمينات العينية** (كالدائن المرتهن أو صاحب حق الاختصاص ، وأصحاب الامتيازات الخاصة العقارية) ، فهؤلاء قد تحصنوا سلفا ضد الافلاس ، فلا فائدة من منعهم من التنفيذ لأن لهم أولوية على الثمن(٤٤) . فيكون من حق هؤلاء الاستمرار فى الاجراءات التى بدأوها قبل شهر الافلاس ، كما يكون من حقهم بدء هذه الاجراءات بعد الحكم بشهر الافلاس ، كل ما فى الأمر ، أنه يجب عليهم توجيه الاجراءات الى صاحب الصفة التمثيلية قانونا[٤٥] ، والذى يحل محل المدين المفلس وهو هنا السنديك وحده نظرا لزوال ولاية المدين على أمواله . ولهم المطالبة ببيع الأموال محل التأمين العينى[٤٦] . مع ملاحظة أنه عندما

---

(٤٣) على يونس — سامى مدكور — المرجع السابق ص ١٠٠ . حسنى المصرى ، ص ٢٣٢ .

(٤٤) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ص ٢٩ — ٣٠ . سامى مدكور — على يونس — المرجع السابق ص ١٠١ .

(٤٥) وليس هناك محل لاختصام وكيل الدائنين بعد شهر افلاس المدين اذا كانت اجراءات التنفيذ قد بلغت نهايتها بحكم مرسى المزاد قبل شهر الافلاس (نقض ١٩٧٣/١/٢٥ ، س ٢٤ ، ص ٨٧ .

(٤٦) يطبق هذا الحكم على الدائن المرتهن للمنقول وكذلك الدائن الذى نفذ على ما لمدينه (المفلس) لدى الغير اذا صدر حكم حائز لقوة الشىء =

تتحقق حالة الاتحاد . فيكون بيع عقارات المفلس من حق سنديك الاتحاد وحده (م ٣٧٤ تجارى)[٤٧] .

٢ — اذا استبعدنا الدائنين المتازين لا يبقى بعد ذلك خاضعا لهذا الأمر سوى :

* **الدائنون العاديون** : وهم أصاب الديون غير المضمونة بأى تأمين عينى خاص ، فلا يجوز لهم اذن اتخاذ الاجراءات الفردية بعد شهر الأفلاس ، وتتوقف الاجراءات **التى اتخذت قبل شهر الافلاس ، خاصة بالتنفيذ العقارى** . فقد خول القانون لهم متابعة هذه الاجراءات حتى بعد شهر الافلاس **بشرط الحصول على اذن بذلك من القاضى مأمور التفليسة** ، فلا يحل السنديك محلهم فى هذه الحالة ، الا أنه هو الذى توجه اليه اجراءات التنفيذ ، كما أن البيع ، انما يتم لحساب جماعة الدائنين ، ولا يستوفى الدائن العادى حقه مفضلا على غيره الا بالنسبة لمصروفات التنفيذ ، وانما يدخل شريكا مع غيره فى قسمة الغرماء[٤٨] .

=

المقتضى به بصحة الحجز ، قبل صدور حكم الافلاس . فان المال المحجوز عليه يخصص للوفاء بدين الحاجز ، أو اذا كان قبل شهر الافلاس قد تم ايداع مبلغ معين وتم تخصيصه للوفاء بمطلوب الحاجز (طبقا للمواد ٣٠٣ — ٣٤٤ مرافعات) واذا أصبح المحجوز لديه مسئولا مسئولية شخصية عن الدين طبقا للمادة ٣٤٦ من قانون المرافعات (انظر ، محمود هاشم — عبد الباسط جميعى — المرجع السابق ص ٣١) .

(٤٧) حالة الاتحاد هذه تنشأ بمجرد عدم اتفاق الدائنين مع المفلس على الصلح — لأى سبب من الأسباب — وبقوة القانون ، وطبيعى أن يكون كذلك فهو لم ينشأ نتيجة اتفاق الدائنين والمدين . ويتم اختيار سنديك الاتحاد ، بدون تأخير ، والذى يقوم ببيع موجودات التفليسة واجراء التوزيعات على الدائنين ، انظر ذلك بالتفصيل — سلمى مذكور — على يونس — المرجع السابق ص ١٩٠ وما بعدها بند ٢٠٩ وما بعده . حسنى المصرى ، المرجع السابق ص ٥٢٠ وما بعدها .

(٤٨) سلمى مذكور — على يونس — المرجع السابق ص ١١٠ بند ١٢٤ . محمود هاشم ، وعبد الباسط جميعى — المرجع السابق ص ٣٠ .

* **الدائنون أصحاب حقوق الامتياز العامة** : وهم الذين يتمتعون بامتيــاز عام على كل أموال المدين • وقــد استقر الرأى على الحاقهم بالدائنين العاديين ، فتسرى عليهم قاعــدة عدم رفع الدعاوى أو اتخاذ الاجراءات الانفرادية بعد صــدور حكم الافلاس • ولا ضرر فى ذلك لأن أصحاب هذه الحقوق يستــوفون حقوقهم بالأولوية على جميــع ما عداهم ، لأنهم سوف يحصلون على حقوقهم لا محالة قبل غيرهم . فليست هناك ضرورة تؤدى الى اتخاذهم الاجراءات الانفرادية . لأن ذلك ولا شك يعرقل تصفية ذمة المدين[٤٩] ، ومن ناحية أخرى فبمقتضى قانون المرافعات ، لا يقبــل أى طلب أو دفع لا يكون لرافعه مصلحة قائمة يقرها القــانون (م ٣ مرافعات) وبما أن التنفيــذ يعد نشاطا قضائيا ، فلا يقبل اتخاذ اجراءاته الا اذا كان للخصم مصلحة قائمة • وأصحاب الامتيازات العــامة يستوفون حقوقهم بالأولوية على جميع الدائنين من ثمن بيع أى مال مملوك للمدين ، لأن لهم امتيــاز عام على جميع أمواله • ومن ثم فلا مصلحة لهم فى المطالبــة باجراءات الحجز الانفرادية ، طالما أن التنفيــذ يتم لحساب مجموعة الدائنين ويستوفون هم حقوقهم مفضلين على ما عداهم •

المطلب الثــانى

التنفيذ ضد الغير Le Tiesre

١٥٠ — تحــديد :

ذكرنا فيما سبق أن السند التنفيذى — حكما كان أو غير حكم — وهو الذى يتم التنفيذ بمقتضاه ، يقوم بين أطراف الحــق الموضوعى الثابت فيه ، والمراد اقتضاؤه ، وهما الطرف الايجابى والطرف السلبى،

---

(٤٩) سامى مذكور — على حسن يونس — المرجع السابق ص ١٠٢ .

ومن ثم فان خصومة التنفيذ تنشأ بينهما فحسب ، فلا يتصور كقاعدة عامة أن تمتد الى غيرهما . وبمعنى آخر ، لاتتخذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة غير المدين . وذلك فى الحدود التى ذكرناها فيما سبق . الا أن هناك حالات يتعدى فيها التنفيذ الى الغـــير ، ويتم التنفيذ عليه رغم عدم مسئوليته عن الدين . ومن ثم يصبح هذا الغير شخصا من أشخاص التنفيذ ، مع أنه لم يكن طرفا فى السند التنفيذى الذى يجرى التنفيذ بمقتضاه [٥٠] . فما هو المقصـــود بالغير فى هـــذا الخصوص ، وما هى شروط التنفيذ عليه ؟

١٥١ — (أ) المقصود بالغير فى مجال التنفيذ :

تتردد كلمة الغير فى مواطن كثيرة فى القانون . ويكون لها معناها الخاص ، ومدلولها المتميز فى كل موطن من المواطن التى تتردد فيه . فالغير فى نسبية أثر العقود تختلف عن الغير فى الصورية ، وعن الغـــير فى اثبـــات التاريخ وهكذا . فما هو معنى الغـــير فى مجال التنفيـــذ ؟ يمكن القول بأن الغير هو من لم يعتبر طرفا فى التنفيـــذ ، أى هو غير الطرف الســـلبى . ولكن هذا المعنى العـــام للغير ليس هو المقصـــود بالغير فى التنفيذ.فالغير فى هذا الموضع هو من يلزمه القانون بالاشتراك فى التنفيذ دون أن يكون طرفا فى الحق فى التنفيذ ، الناشىء عن السند التنفيـــذى[٥١] . وعلى ذلك يلزم لتوافر معنى الغـــير فى شخص معين بالنسبة لاجراءات التنفيذ ما يلى :

— **الا يكون طرفا فى السند التنفيذى :** حتى تتحقق معنى الغـــير فى شخص من الأشـــخاص ، يجب ألا يكون طرفا فى السند التنفيذى حكما كان أو غير حكم ، فان كان حكما ، فلا يكون غيرا من اختصم أو تدخل فى الدعوى التى صدر فيها الحـــكم بشخصه أو ممثلا فيها بمن يمثله ، وألا يكون خلفا لأحد أطرافها . وبعبارة أخرى يجب ألا يكون

---

(٥٠) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٥٨ .

(٥١) راجع وجدى راغب ص ٢٧١ — عبد الخالق عمر ص ١٩٩ .

من بين من يعتبر الحكم القضائى حجة عليهم . وان كان السند محررا موثقا ، فيجب ألا يكون الشخص — حتى يعد غيرا فى خصوص التنفيذ — من بين من ينتج العقد آثاره فى مواجهتهم .

— **ألا تكون له مصلحة شخصية تتعلق بموضوع السند** : كما يجب ألا تكون للشخص مصلحة شخصية فى الحق المراد اقتضاؤه باجراءات التنفيذ بمعنى ألا يعود عليه من جراء التنفيذ نفع ولا ضرر . فان كان غير ذلك فلا يعتبر الشخص من الغير [٥٢] .

— **أن يكون ملزما بالاشتراك فى التنفيذ** : وأخيرا يجب ألا يكون الشخص ملزما بالاشتراك فى التنفيذ كما لو كانت له سلطة على المال محل التنفيذ[٥٣] ومثاله المحجوز لديه فى الحجز غير المباشر . فتوقيع الحجز على ما يوجد للمدين فى ذمة الغير من حقوق أو منقولات . يؤدى الى التزام المحجوز لديه بعدم الوفاء بما يوجد لديه من منقولات أو حقوق الى المحجوز عليه وأن يقوم المحجوز لديه بالتقرير بما فى ذمته للمدين . وكذلك الحارس القضائى على الأموال المحجوز عليها ، منقولات كانت أم عقارات . ويلزمه الحكم بتسليمها الى من ثبتت له ملكيتها [٥٤] .

وعلى عكس ذلك فلا يعد من الغير من يدعى لنفسه حقا على الأموال المنفذ عليها ؛ كمن يدعى ملكية المنقول المحجوز عليه أو العقار . لأنه لايلتزم بالاشتراك فى التنفيذ ، ولا يساهم فى اجراءاته . وانما يثير أمرا عارضا خارجيا وباجراءات مستقلة تعترض اجراءات

---

(٥٢) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٥٩ — ٦٠ .

(٥٣) وجدى راغب ص ٢٧١ . ونقض ١٩٦٦/٥/١٠ — المجموعة س ١٧ ص ١٠٥٦ — عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٦٠ .

(٥٤) محمد عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ١٩٩ .

التنفيذ[٥٥] ولا يصدق وصف الغير أيضا على ممثلى السلطة العامة فى خصومة التنفيذ مثل قاضى التنفيذ وأعوانه من المحضرين أو الكتبة[٥٦] . لأن هؤلاء — كما رأينا — يعتبرون طرفا فى خصومة التنفيذ بموجب وظيفتهم ، نظرا لحتمية الالتجاء اليهم لاقتضاء الحق جبرا بعد منع الدولة الأفراد من الالتجاء الى ذلك بوسائلهم الخاصة . فضلا عن أن هؤلاء انما يباشرون هذه الاجراءات التنفيذية أداء منهم لوظيفتهم ، ولمصلحة القانون فحسب ، وليس لمصلحة أى طرف من أطراف السند التنفيذى ، كما أن هؤلاء الأشخاص لا توجه اليهم أية اجراءات تنفيذية[٥٧] .

١٥٢ — (ب) شروط التنفيذ على الغير :

ونظرا لأن الغير فى خصوص التنفيذ لا يعد طرفا فى السند التنفيذى ، فقد يتهدد المنفذ ضده بقيام الغير بالوفاء للحاجز قبل اعلان مسبق للمحجوز عليه ؛ ودرءا لهذه الخطورة ، وصيانة لحق المنفذ عليه نصت المادة ٢٨٥ من قانون المرافعات على أنه « لايجوز للغير أن يؤدى المطلوب منه بموجب السند التنفيذى ولا أن يجبر على أدائه الا بعد اعلان المدين بالعزم على هذا التنفيذ قبل وقوعه بثمانية أيام على الأقل » . من هذا النص يتضح لنا ، أنه يمكن توجيه اجراءات التنفيذ الى الغير ، وذلك بناء على السند التنفيذى ، حكما كان أو غير حكم ، كمحرر موثق مثلا . ولكن لا يجوز للغير الوفاء

---

(٥٥) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٢٧١ . عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٦٠ — ٦١ .

(٥٦) عكس ذلك عبد الباسط جميعى — المبادىء العامة للتنفيذ ، ص ٦٠ ، حيث يذهب الى أنه « يعتبر من الغير فى مجال التنفيذ مأمور الشهر العقارى الذى يقوم بمحو القيد أو شطب التسجيل بناء على حكم قضائى . وكذلك كاتب المحكمة المختص بحفظ الودائع الذى يقوم بصرف قيمة الوديعة لمن يصدر الحكم لصالحه له لملكيتها » .

(٥٧) محمد عبد الخالق عمر ص ٢٠٠ — ٢٠١ .

بمطلوب الحاجز الا بعد اعلان المدين بالعزم على هذا التنفيذ قبل وقوعه بثمانية أيام على الأقل .

والحكمة من ذلك واضحة ، تتمثل فى اعلام الطرف السلبى بما يتخذ فى مواجهته من اجراءات ، وحتى يتمكن من تفادى اجراءات التنفيذ ضده فى مواجهة الغير ، بالوفاء اختياريا ، أو الاعتراض على التنفيذ أو منع التنفيذ فى مواجهة الغير . اذ قد تكون هناك مصلحة للطرف السلبى فى السند التنفيذى فى منع التنفيذ فى مواجهة الغير حيث قد يضار من التنفيذ فى مواجهة الغير دون علمه ، حيث تكون لديه وسيلة لتفادى التنفيذ أو الاعتراض عليه بأى وجه من الوجوه والتى قد يجهلها الغير أو لا يعلمها ولكن لا تكون له صفه فى التمسك بها[٥٨] . كما لو كان المحكوم عليه قد أودع مبلغا نقديا فى بنك تجارى، وأصدر شيكات مصرفية به ، ثم حدث وأوقع دائن آخر للمحكوم عليه حجزا على هذا المبلغ تحت يد البنك . فتكون للمحكوم عليه اذن مصلحة ظاهرة فى عدم اجراء التنفيذ فى مواجهة البنك ، حتى لا يقع تحت طائلة العقاب الجنائى لاصداره شيكات بغير رصيد ، عندما يتقدم حاملها للبنك ولا يجد البنك رصيدا يفى منه بقيمة هذه الشيكات[٥٩] . وعلى ذلك فلا يجب على البنك قبل اعلان المدين وانقضاء المدة المحددة الوفاء بما لديه للحاجز ، وأن حدث ذلك فان وفاء البنك لا يكون مبرءا لذمته ، ويلتزم بالوفاء ثانية .

---

(٥٨) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ص ٦١ . وجدى راغب — السابق ص ٢٧٢ . فتحى والى ، بند ٩١ ، ص ١٧٥ ، رمزى سيف ، بند ١١٨ ، محمد حامد فهمى ، بند ٩٩ (نقض ١٩٧٤/١/٢١ ، مجموعة النقض ، س ٢٥ ، ص ١٩٦) .

(٥٩) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، الاشارة السابقة .

. ويقوم بالاعلان بداهة طالب التنفيذ . الا أن هـذا لا يمنع فى نظر البعض من أن يقوم الغير ذاته بهذا الاعلان ، اذ تكون له مصلحة فى ذلك لتفادى مسئوليته عن الوفاء الخاطىء فى مواجهة المنفذ ضده[٦٠] والذى يوجه اليه الاعلان هو الطرف السلبى فى خصومة التنفيـذ أى المنفذ ضده[٦١] .

والتنفيـذ على الغير ، بالشروط المتقدمة ، جائز بالنسبـة لأنواع التنفيذ كافة ، الاختيارى والجبرى على السـواء ، وكذلك يتم التنفيذ على الغير بالشروط المذكورة ، أيا كان السند الذى يتم التنفيذ بمقتضاه ، حكما كان أو غير حكم ، فان كان حكما فانه يجوز التنفيـذ به طالما كان واجب النفاذ ، نفاذا عاديا ونفاذا معجلا[٦٢] .

١٥٣ ــ الجزاء على مخالفة حكم المادة ٢٨٥ :

اذا لم تراع الاجـراءات السابقة ، وقام الغـير بالوفاء بمطلوب السند التنفيذى قبل اعلان المدين أو قبـل مضى ثمانية أيام من تاريخ الاعـلان ، فان التنفيـذ يكون باطلا ، على أن البطلان ، هنا متعلق بالمصلحة الخاصة ، فلا يتمسك به الا من تقررت الاجراءات لمصلحته ، وهو المدين المنفذ ضده . فليس للغير أو طالب التنفيذ التمسك به[٦٣] .

---

(٦٠) عبد الخالق عمر ــ السابق ص ٢٠١ .

(٦١) قارن حكم نقض مدنى ١٩٦٨/١/١٨ المجموعة س ١٩ ص ٩٠ .

(٦٢) فى هذا الاتجاه ، فتحى والى ، الاشارة السابقة ، وجدى راغب ، ص ٢٧٢ ، ماهر زغلول ، بند ١٦٦ ص ٢٣٤ . عكس ذلك ، احمد قمحة وعبد الفتـاح السيد ، بند ٩٩ . حيث يرى عدم جواز التنفيـذ على الغير بموجب حكم مشمول بالنفاذ المعجل . ولم يكن القانون الفرنسى القديم ينص على جواز أو عدم جواز التنفيذ على الغير بموجب الحكم المشمول بالنفاذ المعجل ، مما ادت الى وقوع الخلاف الفقهى والقضائى فى فرنسا بين رافض ومجيـز . الا أن القانون الفرنسى الجديد قـد أجاز صراحة تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل على الغير (انظر شرحا لذلك فنسان وجنشـار ، بند ٨٠٠ ومابعدها ص ٧٣٧ ومابعدها .

(٦٣) فتحى والى ، بنـد ٩١ ، ص ١٧٦ ، نقض مدنى ١٩٦٨/١/١٨ س ١٢ ، ص ٩٠ .

الفصل الثانى

السلطة العامة

١٥٤ — تمهيد :

رأينا أن المشرع ، قد منع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم وبوسائلهم الذاتية ، لأنه منع كل صور العدالة الخاصة Justice Prive ، ولذلك أنشأت الدولة قضاء آخر تتولاه هى بنفسها ، وأصبح هذا القضاء العام Justice Public حكرا عليها ، واعترف للأفراد ، دون تمييز بينهم ، بحق الالتجاء اليه ونظمته وأعطت له من الضمانات ما يكفل تحقيق الحقوق والعمل على استقرارها ، باضفاء الحماية القضائية لكل من قامت به الحاجة اليها، فاعترفت للأفراد بحق الدعوى للحصول على تأكيد قضائى ملزم بحق الفرد أو مركزه القانونى، واعترفت له أيضا بالحق فى التنفيذ الذى يحرك به السلطة العامة لاقتضاء حقه جبرا عن الفرد المخل بقاعدة من قواعد القانون ، أى لاعمال الجزاء الفعلى للقاعدة القانونية • وتتدخل الدولة فى هذا الخصوص عن طريق القضاء المنوط به حراسة النظام القانونى ، حماية لحقوق الأفراد من الاعتداء عليها ، على أن القضاء — خاصة فى مجال التنفيذ — لا يستطيع وحده القيام بجميع الاجراءات اللازمة للتنفيذ على أموال المدين ، وانما لابد له من جهاز معاون يعمل تحت اشرافه . يقوم باتخاذ مجموعة من الاجراءات القضائية اللازمة لوضع الأموال تحت يد القضاء تمهيدا للتنفيذ عليها ، اقتضاء لحق الدائن ويتمثل هذا الجهاز المعاون للقضاء فى مجال التنفيذ بصفة أساسية فى جهاز المحضرين• وعلى ذلك سوف ينقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نتكلم فى الأول عن قاضى التنفيذ ، وفى الثانى عن معاونيه وهو جهاز المحضرين •

المبحث الأول

قاضي التنفيـذ[1]

Giudice dell' esecuzione

١٥٥ — لمحة تاريخيـة لنظام قاضى التنفيـذ وحكمته وتقسيـم الموضوع :

استحدث قانون المرافعات المصرى الجديد نظام قاضى التنفيـذ ، وكان ذلك أهم مستحدثات هذا القـانون ، فلم يكن تشريعنا يعرف قبل ذلك مثل هذا النظام الذى أتى به القانون الجديد . وان كان نظام قاضى التنفيذ ذاته ، كان معروفا فى بعض التشريعات الأجنبية ، فعرف هذا النظام فى القانون العثمانى من سنة ١٨٨٢ ، ونقلته عنه بعض البلاد العربية مثل سوريا ولبنان والعراق[2] وعرف أيضا فى القانون الايطالى وأخيرا القانون الفرنسى الجديد الصادر بالقانون رقم ٧٢ — ٦٢٦ الصـادر فى يولية سنة ١٩٧٢ .

وكانت قد جرت محاولة للأخذ بهذا النظام فى التشريع المصرى ، عند وضع مشروع قانون المرافعات الموحد بين مصر وسوريا ، الا أن

---

(١) أنظر بالتفصيل فى هذا الموضوع رسالة الزميل عزمى عبد الفتاح « نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن » — المقدمة لكلية الحقوق — جامعة عـين شمس ١٩٧٦ طبعـة ١٩٧٨ ، ومـؤلف : محمد على راتب ، ونصر كامل ، وفاروق راتب — اختصاص قاضى التنفيذ ، ١٩٦٩ . ومقـال أحمد أبو الوفا حـول « قاضى التنفيـذ » منشـور فى مجلة ادارة قضـايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة ١٨ . اسكندر سعـد زغلول — قاضى التنفيذ علما وعملا ، سنة ١٩٧٤ .

(٢) راجع فى ذلك تفصـيلا عزمى عبد الفتاح — الرسـالة المشار اليها ص ٥٣ — ٢٧٥ .

هذه المحاولة لم تر النور ، ولم يكتب لها النجاح لاعتبارات سياسية معينة ، وعدم فهم واضح لطبيعة هذا النظام[٣] •

فقد تصدر قاضى التنفيذ الكتاب الثانى الخاص بالتنفيذ من قانون المرافعات الجديد الصادر سنة ١٩٦٨ ، اذ خصص المشرع له الفصـل الأول من الباب الأول • فنصت المـادة ٢٧٤ على أنه « يجرى التنفيذ تحت اشراف قاضى للتنفيذ •• ويعاونه عدد كاف من المحضرين وتتبع أمامه الاجراءات المقررة أمام المحـكمة الجزئية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » •

حكمة نظام قاضى التنفيذ : ومن استعراض نظام قاضى التنفيذ يتبين لنا أن المشرع أراد تحقيق هدفين من وراء استحداث نظام قاضى التنفيذ هما :

١ — توحيد الاختصاص بمسائل التنفيذ :

يستهدف المشرع جمع شتات المسائل المتعلقة بالتنفيذ فى ملف واحد وفى يد قاضى واحد يكون قريبـا من محل التنفيذ يسهل على الخصـوم الالتجاء اليـه • ومن أجل ذلك تنص المادة ٢٧٥ على اختصاص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتهـا ، كما يختص باصـدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيـذ •

٢ — الاشراف القضائى على جميع اجراءات التنفيذ :

يستهدف المشرع — فضـلا عن ذلك — من استحداث نظام قاضى التنفيذ توفير اشراف فعال متواصـل للقاضى على اجراءات التنفيذ فى كل خطوة من خطواته وعلى القـائمين به فى كل تصرف يتخذ منهـم •

---

(٣) عبـد الباسط جميعى — محمود هاشـم • المرجع السابق ص ٤٥ — ٤٦ •

وتحقيقا لذلك تنص المادة ٢٧٨ من قانون المرافعات على أنه « يعد بالمحكمة جدول خاص تقيد فيه طلبات التنفيذ • وينشأ لكل طلب ملف تودع فيه جميع الأوراق المتعلقة بهذه الطلبات • ويعرض الملف على قاضى التنفيذ عقب كل اجراء • ويثبت به ما يصدره من قرارات وأوامر وأحكام » • كما أن المادة ٢٧٤ تقضى بأن التنفيذ يجرى تحت اشراف قاضى التنفيذ •

وبعد هذه المقدمة السريعة عن نظام قاضى التنفيذ ، فانه يجب علينا أن نبين عناصر هذا النظام • نبين المقصود بقاضى التنفيذ ثم وظائفه ثم الطعن فى أحكامه •

المطلب الأول

المقصود بقاضى التنفيذ وولايته

١٥٦ — قاضى التنفيذ محكمة جزئية قائمة بذاتها :

تنص المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات «يجرى التنفيذ تحت اشراف قاضى للتنفيذ يندب فى كل محكمة جزئية من بين قضاة المحكمة الابتدائية •• وتتبع أمامه الاجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » • يتضح من هذا النص أن قاضى التنفيذ Le Juge déxecution ما هو الا محكمة جزئية مختصة[٤] ، نوعيا بالفصل فى المسائل المتعلقة بالتنفيذ كافة ، وهى لا تعد محكمة خاصة تدخل ضمن المحاكم الاستثنائية ، وانما تمثل عضوا قضائيا من أعضاء القضاء العادى ، تختص بقدر من الولاية القضائية المقررة لهذه

(٤) عكس ذلك — أحمد مسلم — أصول المرافعات ، بند ١٢٢ ص ١١٤ — الذى لا يرى فى محكمة التنفيذ محكمة جزئية .

الجهة ، يتمثل هذا القدر فى المسائل المتعلقة بالتنفيذ كافة • فهى لا تعد دائرة من دوائر المحكمة الجزئيـــة ، وانما هى محكمة قائمة بذاتها[٥] ، توجد فى دائرة كل محكمة جزئية ، فهى تتعدد بتعدد المحاكم الجزئيـــة فى التنظيم القضائى المصرى • وهى على خلاف قاضى الأمور المستعجلة، فهو فى المدينة التى يوجد بها محكمة ابتدائية ، قاضى من قضاتها يندب فى مقرها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المســاس بأصل الحق (م ٤٥ مرافعات) فهو اذن قاضى واحد أو محكمة واحـــدة للأمور المستعجلة فى المدينة الواحدة التى بها محكمة ابتدائية • فلا يوجد فى مدينة القاهرة مثـــلا الا محكمة واحدة للأمور المستعجلة وانما يوجد بها العديد من محاكم التنفيذ[٦] ، ومما يؤيد هــذا الرأى ، أن المشرع انما ينص على ضرورة اتباع الاجراءات نفسها المتبعة أمام المحكمة الجزئية أمام قاضى التنفيذ ، الا اذا قضى القانون بغير ذلك ، ويترتب على ذلك ، أن يكون ميعاد الحضـــور أمام قاضى التنفيذ ثمانية أيام الا اذا كانت المنـــازعة مستعجلة فيكون الميعاد هو أربع وعشرون ساعة (م٦٦ مرافعات)[٧] •

الخلاصـــة :

هو أن قاضى التنفيـــذ ، محكمة جزئية ، تشكل من قاضى فـــرد ، تختص بالفصل فى مسائل التنفيذ كافة أيا كانت قيمتها ، وأيا كان نوعها بحيث لا يجوز رفع أية مسألة متعلقة بالتنفيـــذ أمام غير هذه المحكمة فاذا حـــدث وجب الحكم بعدم الاختصـــاص ومن تلقاء نفس المحكمة

---

(٥) رمزى سيف ــ المرجع السابق ص ٢٠١ بند ٢٠٧ • فتحى والى ــ التنفيذ ــ بند ٧٨ ، محمود هاشم ــ عبد الباسط جميعى ص ٤٧ • محمد عبد الخالق عمر ، ص ٢١ بند ٢٦ •

(٦) عبد الخالق عمر ــ المرجع السابق ص ٢١ ــ ٢٢ ، عزمى عبد الفتاح ــ الرسالة ص ٣٠١ •

(٧) أمينة النمر ــ المرجع السابق ص ١٥ بند ١١ •

المرفوع أمامها دعوى متعلقة بالتنفيذ ، كما أن قاضى التنفيذ لا يختص بغير مسائل التنفيذ وعليه أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر المسائل التى لا تتعلق بالتنفيذ[٨] .

ولذا كان قاضى التنفيذ يعد محكمة جزئية قائمة بذاتها ، فان ذلك لا يستلزم بالضرورة أن يخصص قاضى بعينه يقوم بهذه الوظيفة ، اذ قد يحدث — لضرورة معينة — أن يعهد الى قاضى المحكمة الجزئية نفسه بالقيام بوظيفة قاضى التنفيذ بجانب وظائفه الأخرى المتمثلة فى الفصل فى المنازعات المدنية والتجارية وغيرها من المسائل التى تدخل فى ولاية القضاء المدنى ويدخلها المشرع فى اختصاص المحكمة الجزئية . ولكنه يبقى مع ذلك ، قاضى للتنفيذ ، عندما يفصل فى المنازعات المتعلقة به ، وبالتالى يختص بالفصل فيها ولو تعدت قيمتها خمسمائة جنيها . كما أنه يفصل فى المنازعات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ ولو رفعت باجراءات مستقلة ولا يجب رفعها أمام محكمة الأمور المستعجلة .

واذا كان ذلك هو الفهم الصحيح للقانون، الا أن العمل يجرى على غير ذلك ، نظرا لنقص عدد القضاة نقصا كبيرا ، الأمر الذى أدى الى تضاعف مسئولية القاضى الجزئى ، حيث يقع عليه واجب الفصل فى المنازعات الموضوعية ، المدنية وغيرها ، بالاضافة الى كونه قاضيا للتنفيذ وقاضيا للأمور الوقتية ، وأحيانا قاضيا فى مواد الجنح والمخالفات . وقد أدى ذلك — فى محاولة للتخفيف عن القاضى الجزئى — الى نزع اختصاص قاضى التنفيذ فى محاكم مدينة القاهرة كلها ، من نظر منازعات التنفيذ الوقتية ، وعقدها لمحكمة القاهرة للأمور المستعجلة ، وذلك بناء على قرار ادارى بذلك . وهو أمر محل نظر من الناحية القانونية . حيث أن القانون قد نص على اختصاص قاضى التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ كافة الموضوعية والوقتية ، ومن ثم لا يجوز تعديل هذا الاختصاص

---

(٨) رمزى سيف — المرجع السابق ص ٢٠١ — ٢٠٢ بند ٢٠٧ .

الا بأداة تعادل القانون وعليه لا يجوز بقرار ادارى من أن ينزع من اختصاص قاضى التنفيذ اختصاصه بنظر منازعات التنفيذ الوقتية .

١٥٧ — ولاية قاضى التنفيـذ :

رأينا أن قاضى التنفيذ يعتبر فى نظامنا القضائى عضوا قضائيا من الأعضاء المكونين للقضاء العادى . ولما كان الأمر كذلك ، فان ولاية هذا العضـو تنحصر داخل ولاية القضـاء العادى . ولذلك فان الاشراف الفعال المتواصل على التنفيذ ، وجمع شتات مسائل التنفيذ ، لا يكون الا بالنسبة للتنفيـذ الذى يدخل فى ولاية القضـاء المدنى ، أى لاعمال الجزاء المنصـوص عليه فى قواعد القانون التى تدخـل فى ولاية هذا القضاء . ولذلك فان هناك أنواع من التنفيـذ لا تدخل فى ولاية القضاء المدنى ، ومن ثم لا تدخل فى ولاية قاضى التنفيذ مثل التنفيذ الاختيارى للالتزام ، أو التنفيذ المنوط بسلطات قضائية أخرى اعترف لها المشرع بولايتها فى خصوصها . ولكى نستطيع تحديد ولاية قاضى التنفيذ ، لابد أن نستعرض فى عجالة سريعـة ، حالات انتفاء ولاية القضـاء المدنى ، ولكى نصـل الى ذلك لابد من استعراض حالات انتفاء ولاية القضـاء المصرى عموما ثم حالات انتفاء ولاية القضاء المدنى خصوصا .

١٥٨ — أولا : حالات انتفاء القضاء المصرى[٩] :

هناك مسائل معينة يحددها المشرع تخرج عن نطاق ولاية القضاء المصرى عموما ، وبالتالى فان هذه المسائل وما يتعلق بتنفيذها لا يدخل فى ولاية قاضى التنفيذ ومن هذه المسائل :

١ — **اعمال السيـادة** : تنص المادة ١/١٧ من قانون السلطـة القضائية رقم ٤٦ لسنة ٧٢ ، على أنه « ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة . وبالمعنى نفسه تنص المادة ١١ من قانون مجلس الدولة ٤٧ لسنـة ١٩٧٢ . والمقصـود بهذه الأعمال

---

(٩) راجع فى تفاصيل ذلك : مؤلفنا ، قانون القضاء المدنى ، فى طبعته الثانية ، بند ١٩٥ ، ص ٣١٥ ومابعدها .

تلك التى تصدر عن الدولة بمقتضى سلطتها العليــا ، ارساء منها للنظم الأساسية فى المجتمع . ولهذا فاذا كان الأمر كذلك فلا يدخل فى ولاية قاضى التنفيذ الفصل فى منازعات تتعلق بعمل من أعمال السيادة[10] .

٢ — بعض المســائل ذات العنصر الأجنبى : اذا كان القضــاء قد أصبــح سلطة من سلطات الدولة ، ومظهر من مظاهر سيادتها ، وعليه فان ولايته تمتد حيث يمتد سلطانها وسيادتها ، ويدخل فى ولاية القضاء الوطنى جميع المسائل والمنــازعات التى تحدث على اقليم الدولة بغض

---

(١٠) اسكندر سعد زغلول — التنفيذ علما وعملا سنة ١٩٧٤ ص ١٩ . راتب ونصر الدين كامل — الجزء الثــانى — ص ٦٤ بند ٤٣٥ . على أننا لا نوافق البعض فى تبريره لعدم اختصاص قاضى التنفيذ باعمال السيادة ، عزمى عبد الفتاح الرسالة ص ٣١٣ فهو يرى ان المنازعة فى تنفيذ عمل منها لا يتصور اثارتها امام قاضى التنفيذ ، لأن منازعات التنفيــذ تفترض وجود سند تنفيذى ، ومثل هذا السند لا يتصور وجوده فى اعمال السيادة . الا ان هذا القول غير دقيق ، لأن جميع منازعات التنفيــذ تدخل فى ولاية قاضى التنفيذ واختصاصه حتى ولو لم يكن بيد الطالب سند من السندات التنفيذية. فراينا ان المشرع يعترف لقاضى التنفيذ بسلطة الأمر بتوقيع الحجز التحفظى على اموال المدين اذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى او كان دينه غير محدد المقــدار . وكذلك الأمر بتوقيع حجز ما للمدين لدى الغــير كما ان المشرع يعترف له فى حالات معينة بسلطة فى تكوين السنة التنفيذ والذى لا يوجد الا بتدخله كما فى حالات الأمر بتنفيذ احكام المحكمين ، أو السندات الرسمية — الأحكام — الصادرة عن السلطات الأجنبية (م ٥٠٩ — ٣٠٠ مرافعات) . ومن ناحية أخرى . ويرى ايضا ان الادارة اذا أصدرت قرارا يعد من قبيل اعمال السيادة ، فلا يدخل فى اختصاص قاضى التنفيذ نظر المنازعة فى تنفيذه لا على اعتبار أنه من قبيل اعمال السيادة ، وانما يعد من قبيل القرارات الادارية . وهذا القول بدوره غير دقيق لأن هناك فارق كبير بين الاعمــال الادارية واعمــال الســيادة . وهــذا الفــارق الكبــير هو الذى يبرر خروج الاعمال الأخيرة من ولاية القضاء عموما ، العادى والادارى . أما الاعمال الادارية فانها وان كانت خارجة عن نطاق القضاء العادى فانها تدخل فى ولاية القضاء الادارى .

النظر عن جنسية أطرافها • ولذا كان هذا هو الأصل فان هـذا المبدأ لا يجب أن يكون من شـأنه المســاس بسيادة دولة أخرى ، ولذلك لا يخضع لولاية القضاء الوطنى ما يلى :

ــ الأشخاص المتمتعون بالحصانات الدبلوماسية : وهم الـدول الأجنبيـة ورؤساؤها وممثلوها فى الدول الأخـرى وذلك اعمالا لعرف دولى اســتقر على تمتـع الـدول الأجنبيـة ورؤسـاؤها وممثلوها الدبلوماسيون بنوع من الحصانات القضائية التى تجعلهم بمنأى عن ولاية قضـاء الدولة الموجودين على اقليمها • ومن ثم فلا ولاية لقاضى التنفيذ على المنازعات التى تثور فى مثل هذه الحالات • وذلك بالضوابط والقيود التى ذكرناها فيما سبق •

ــ المنظمات والهيئات الدوليـة وممثلوها فى الدول المختلفة : مثل جامعة الدول العربية وهيئة الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة ، فهذه الأشخاص تتمتع بالحصـانات القضائية مثلهم مثـل الدول الأجنبيـة وممثلوها الدبلوماسيون وغيرهم •

ــ المنازعات المتعلقة بعقار موجود بالخارج :

يدخل فى ولاية القضـاء المصرى نظر جميع المنازعات ، أيا كانت جنسية أطرافها مع مراعاة ما سبق ، الا اذا تعلقت هذه المنازعات بعقار واقع بالخارج (م ٢٨ ، ٢٩ من قانون المرافعات) وهذه النصوص ماهى الا تطبيق لعـرف دولى استقر وهو اختصـاص قاضى موقع العقار ، لأنه أقدر من غيره بالفصل فيما يثور بشأنه من منازعات • ويترتب على ذلك عدم ولاية قاضى التنفيذ بنظر أية منازعات ولا باصدار أية قرارات تتعلق بعقار واقع فى الخارج •

١٥٩ — ثانيـا : المسائل التى تنتفى فيها ولاية المحاكم لدخولها فى ولاية جهات أخرى :

يخرج المشرع من ولاية القضـاء المدني مسائل معينة ويدخلها فى ولاية جهات أخرى قضائية أو حتى غير قضائية :

— **اذ يخرج الفصل فى المنازعات الادارية كافة** عن ولاية القضاء العادى لدخولها فى ولاية القضاء الادارى الذى أنشأه المشرع المصرى لأول مرة فى سنة ١٩٤٦ والذى ظل مختصـا بعدة مسائل على سبيـل الحصر طوال سنوات طويلة ، حتى جاء القـانون الحالى المنظم لمجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ونص على اختصاص القضاء الادارى بكل المنازعات الادارية (م ١٠/١٤) • وكان دستور سنة ١٩٧١ قد نص لأول مرة فى المادة ١٧١ منه على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة تختص بالفصل فى المنازعات الادارية • وفى الدعاوى التأديبية ، الأمر الذى لم يعد هنـاك شك فى أن القضاء الادارى هو الآخـر قد أصبح القضاء العام بالنسبة للمسـائل الادارية • يترتب على ذلك أن المحاكم لا ولاية لها بالنسبة للمنازعات الادارية • وبالتـالى فلا يكون لقاضى التنفيذ للفصل فى المنازعات الادارية ولا المسائل المتعلقة بتنفيذها •

وعلى ذلك لا يدخـل فى ولاية قاضى التنفيـذ نظر الاشكالات أو منازعات التنفيذ المرفوعة ضد الأحكام الصادرة من القضـاء الادارى ، الا اذا كانت هذه الأحكام منعدمة أو كان التنفيذ يتم على مال •

كما يخرج المشرع بنصوص خاصة من ولاية القضاء العادى الفصل فى منازعات معينة ليدخلها فى ولاية جهات أخرى قد تكون غير قضائية • مثل المنازعات التى تنشأ بين المؤسسات العامة بعضها البعض ، أو بينها وبين شركات القطاع العام • فهذه يجب عرضها على لجان التحكيم الاجبارى •

١٦٠ — ثالثا : ولاية القضاء العادى[١١] :

بعد استعراض حالات انتفاء ولاية القضـاء العادى يتبين لنا أن

---

(١١) أنظر مؤلفنا فى قانون القضاء المدنى ط٢ ص٣٢٢ بند١٩٩ ومابعدها.

القضاء العادى هو صاحب الولاية العامة فى :

١ — الفصل فى جميع المنازعات المدنية والتجارية : وفى هذا تنص صراحة المادة ١٥ من قانون السلطة القضائيـــة ـــ بقولها : « فيما عدا المنازعات الادارية تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص » • وتعتبـــر المحاكم هى الجهة ذات الولاية العامة بالنسبة لهذه المنازعات ولو كانت واقعة بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة ـــ سواء تعلقت بعقار ، طالما وجد فى الاقليـــم المصرى ، أو منقول مع مراعاة أنه اذا اتصلت المنـــازعة بقرار ادارى ، فلا يكون للمحاكم ولاية فى تأويل أو تفســـير القرار الادارى أو تعديله أو وقف تنفيذه • بشرط أن يكون القرار قرارا اداريا ، فان كان قرارا منعدما ، فانه لا يصدق عليه وصف القرار الادارى ، وانه لا يعدو الا أن يكون عملا ماديا يدخل فى ولاية القضاء العادى • وعلى ذلك فلا يكون للمحاكم أن تنظر دعوى منع التعرض فى الحيازة اذا كان التعرض مستندا الى قرار ادارى[١٢] • ولها ذلك اذا كان التعرض لم يكن مستندا على قرار ادارى أو مستنـــدا على قرار لم يستـــكمل مقومات وأركان القـــرار الادارى[١٣] •

وكذلك يدخل فى ولاية القضـــاء المدنى ولاية الفصل فى جميـــع المنـــازعات المتعلقة بعقود الادارة المدنيـــة • وكذلك المنازعات المتعلقة بالحجوز الادارية ، تدخل هى الأخرى فى ولاية المحاكم ، على اعتبار أن اجراءات الحجز الادارى لا تعد من قبيل الأوامر أو القرارات الادارية،

---

(١٢) نقض مدنى اول ديسمبر ١٩٦٦ ، المجموعة س ١٧ ص ٧٦٣ ، ١٩٦٨/٣/٧ السنة ١٩ ص ٥٢٨ •

(١٣) فالقرار الادارى الذى يحمل فى ظاهره عيبا يجرده من الصفة الادارية ، وينحدر به الى درجة العدم ، يكون للمحاكم سلطة نظر المنازعة المتعلقة به ويكون للقضاء المستعجل ولاية نظر الدعوى المتعلقة به . نقض ١٩٦٣/٣/١٤ المجمـــوعة س ١٤ ص ٣٠٣ . نقض ١٩٦٨/٢/٨ س ١٩، ص ٢٣٠ •

وانما تعتبـــر نظاما خاصا منحه المشرع للادارة بقصـــد التيسير عليها فى اقتضاء حقوقها لدى الغير(١٤) .

٢ ــ الفصل فى مســائل الاحوال الشخصيــة : أصبحت المحاكم المدنية هى صاحبــة الولاية العامة فى نظر مســائل الأحوال الشخصية للأجانب والمصريين ، مسلمين كانوا أم غير مسلمين(١٥) .

٣ ــ المسائل الجنائيــة : يعتبر القضاء العــادى هو الجهة ذات الولاية العامة فى الفصــل فى سائر المواد الجنائيــة من مخالفات وجنح وجنايات ، الا ما استثنى بنص خاص .

١٦١ ــ تحديد ولاية قاضى التنفيذ :

ما تقدم هو ما يدخل فى ولاية القضـــاء المدنى ، ويترتب على ذلك القول بأن مســائل التنفيذ المتعلقة بالمنازعات والمســائل التى تدخل فى ولاية القضــاء المدنى تدخل فى ولاية هذا القضــاء وحده . فاذا قام المشرع بانشاء عضو قضائى يتولى الاشراف على التنفيذ ، فلا يؤدى ذلك الى القول بأن هذا العضـــو هو صاحب الولاية العــامة فى تولى الوظيفة القضائية بالنسبة لهذه المسائل . اذ أن المشرع يقوم بعد ذلك بتوزيع ولاية القضاء العادى على أعضــائه المكونين له ، ومنهم قاضى التنفيـــذ ، وفقا لمعايير محددة ، فقد يسند التنفيـــذ لمحاكم أخرى غير

---

(١٤) نقض مدنى ١٦/١٢/١٩٦٩ مجموعة احكام التنفيـــذ س ٢٠ ص ١٢٨٠ . انظر فتحى والى ــ ص ٣٩٠ ــ قانون القضاء وهامش (١) راتب ونصر كامل ج ٢ ص ٦٣ . احمد ابو الوفا ــ اجراءات ص ٣٧١ ، عكس ذلك ابو هيف ــ المرافعات ــ ص ١٠٨ ، وبعض احكام اخرى قليلة مثل حكم المحكمة بالزقازيق فى ٢٩/١٢/١٩٢٦ المحاماة س ٧ ص ٧٢ . والموسكى الجزئيــة فى ٢٧/٢/١٩٢٩ المحاماة س ٩ ــ ٣٤٨ ــ ص ٥٧٠ فى عزمى عبد الفتاح ــ رسالة ص ٣٤٢ هامش (١) .

(١٥) انظر فى تفاصيل ذلك احمد مسلم ، اصول المرافعات ، ص ١٧٨ وما بعدها . انور العمروسى ، أصول المرافعات الشرعية س ١٩٧١ .

محكمة التنفيذ . وعلى ذلك لا نذهب مع الرأى القـائل[١٦] بأن قاضى التنفيـذ ، يختص بالفصل فى مسائل التنفيـذ التى تدخل فى اختصاص جهة القضاء العادى ، أى باعتباره الجهة ذات الولاية العامة فى خصوص هذه المسائل . لأن تنفيذ الجزاءات الجنائية تخرج عن اختصاص قاضى التنفيـذ ، لدخولها فى اختصاص المحاكم الجنائيـة ، على النحو الذى سوف نبينه تفصيلا عنـد الحديث عن الاختصـاص النوعى لقاضى التنفيذ .

ونقرر منذ الآن أن قاضى التنفيذ هو صاحب الولاية العامة فى نظر المسائل المتعلقة بالتنفيذ كافة فى المواد الآتية :

١ ــ المواد المدنية والتجارية :

أى أن قاضى التنفيذ هو صاحب الولاية فى نظر المنازعات المتعلقة بالمواد المدنيـة والتجارية ، سواء كانت هذه المنـازعات تتصل بتنفيذ الأحكام الصادرة عن جهة القضاء العادى ، أو كانت تتصل بتنفيذ سائر السندات التنفيذية الأخرى المنصـوص عليها فى المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات ، وذلك أيا كان أطرافها ، أى سواء كانت بين الأفراد أو بينهم وبين الحكومة أو الهيئـات العامة ، وكذلك أيا كانت طبيعـة المال المنفذ عليه ، عقارا كان أو منقولا .

٢ ــ الأحكام والقرارات المنعدمة أيا كانت الجهة المصدرة لها :

كما أن قاضى التنفيذ يعتبر صاحب الولاية العامة فى نظر المنازعات المتعلقة بتنفيـذ سائر الأحكام المنعدمة أيا كانت الجهة المصـدرة لها ، فلهذا القـاضى ولاية الفصل فى المنازعات المتعلقـة بالأحكام الادارية المنعدمة وهى المعيبة بعيب من العيوب الجسيمة التى تنحدربالحكم الى درجة الانعدام وليس البطلان ، كما لو صدر الحكم فى غير خصومه ،

---

(١٦) عزمى عبد الفتـاح ــ الرسـالة ص ٣٠٩ . محمد عبد الخالق عمر ــ المرجع السابق ص ٢٦ بند ٣٢ .

أو صدر على خصم تبين وفاته قبل رفع الدعوى عليه[١٧] ، أو صدر عن غير قاض ، أو صدر خارج ولاية القضاء الادارى (المصدرة له) ، حيث أن الأحكام الصادرة فى غير ولاية الجهة المصدرة لها تعتبر معدومة الحجية أمام محاكم الجهة صاحبة الولاية ، فلو كانت الجهة صاحبة الولاية هى جهة القضاء العادى ، فان الأحكام الصادرة من غيرها فى مسائل تدخل فى ولاية جهة القضاء العادى تعتبر معدومة الحجية أمام الجهة الأخيرة بكل تشكيلاتها ومنها قاضى التنفيذ[١٨] .

كما يملك قاضى التنفيذ نظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ القرارات الادارية المنعدمة .

٣ — الأحكام الصادرة فى مواد الأحوال الشخصية :

كما أن قاضى التنفيذ له ولاية الفصل فى سائر المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة فى مواد الأحوال الشخصية .

٤ — المنازعات المتعلقة بالأموال :

وبالاضافة الى ما تقدم ، فان قاضى التنفيذ تكون له سلطة الفصل فى سائر المنازعات المتعلقة بالسندات التنفيذية التى يجرى تنفيذها على الأموال الخاصة ، وذلك أيا كانت الجهة مصدرة هذه السندات ، أى سواء كانت هذه الجهة هى جهة القضاء العادى أم جهة القضاء الادارى[١٩] ، بشرط أن يكون التنفيذ منصب على مال خاص المدين

---

(١٧) نقض ١٤/١٢/١٩٧٩ ، مجموعة النقض ، س ٣٠ ، ص ٥٢٠ .

(١٨) أنظر تفصيلا للمؤلف ، قانون القضاء المدنى ، ط ٢ ، ص ٣٣٣ وما بعدها والأحكام والاشارات العديدة التى اشرنا اليها . وانظر عزمى عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية ، ص ٨٣ وما بعدها .

(١٩) عزمى عبد الفتاح — الاشارة السابقة والأحكام التى أشار اليها. راتب — نصر كامل جـ٢ ص ٥٤ . أبو الوفا — مقالته — قاضى التنفيذ ص ٧٠٢ ، ٧٠٣ ، وجدى راغب ص ٢٥٢ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٦ بند ٣٤ . نقض ١/٢/١٩٧٣ المجموعة س ٢٤ ص ١٣١ .

أيا كانت صفة هذا المدين . وعلى ذلك يملك قاضى التنفيذ سلطة الفصل فى المسائل الآتية :

— المنازعات المتعلقة بالحجوز الادارية المنظمة بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٠٥ وتعديلاته ، وذلك اعتبارا بأن الحجز الادارى لا يعدو أن يكون وسيلة خاصـة ينظمها المشرع لتسهيـل مهمة الادارة فى تحصيل حقوقها لدى الغير ، فضلا عن أن التنفيـذ فيها ينصـب على الأموال المملوكة للمنفذ عليهم[٢٠] .

— المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقود الادارة المدنية :

لأن هذه العقود لا تعدو أن تكون عقودا مدنية تخضـع لروابط القانون الخاص ، الأمر الذى يخضعها لما تخضـع له منازعات سائر العقود المدنيـة من قواعد . ومنها اختصـاص قاضى التنفيـذ فقط المنازعات الناشئة عند تنفيذها .

— هل يملك قاضى التنفيذ الفصل فى المنازعات المتعلقة بتنفيـذ الأحكام الادارية :

الأصـل أن الأحكام الادارية لا تخضع لما تخضـع له الأحكام الصادرة عن جهة القضـاء العادى من قواعد خاصة بالتنفيذ ، اعتبارا بأن القضاء الادارى لم يعرف بعد نظام قاضى التنفيذ ، فضلا عن أن أحكام القضاء الادارى تعد بالنسبة لتنفيذها أحكاما نافذة فور صدورها ، ولا يمنع من تنفيذها كونها قابلة للطعن فيها أمام محكمة القضاء الادارى أو المحكمة الادارية العليـا ، حيث تقضى المـادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة أنه لا يترتب على رفـع الطلب الى المحكمة وقف تنفيـذ القرار المطلوب الغـاؤه ... » وتنص المادة ٥٠ من القانون نفسـه على أنه لا يترتب على الطعن أمام محـكمة الادارية العليا وقف تنفيـذ الحكم المطعون فيه الا اذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك ، كما لا يترتب على الطعن أمام محكمة القضاء الادارى فى الأحكام الصادرة من المحاكم

---

(٢٠) وجدى راغب ، ص ٢٦٧ ، أمينة النمر ، ط ١٩٧٠ ، ص ٢٢٩ .

الادارية وقف تنفيـذها الا اذا أمرت المحكمة بغير ذلك » . كما نصت المادة ٥١ على الحكم ذاته بالنسبة للطعن بالتماس اعادة النظر .

ومن جماع هذه النصوص يتضح لنا أن الأصل هو نفاذ سـائر الأحكام الادارية نفاذا عاديا وليس نفاذا معجلا ، لأنها تعـد أحكاما حائزة لقوة الأمر المقضى فيها فور صدورها ، ولا يوقف تنفيذها أو يمنعه الا حكم قضائى يصدر من محكمة الطعن (القضاء الادارى أو الادارية العليا بحسب الأحوال) بناء على طعن مرفوع اليها عن الحكم وطلب فيه وقف تنفيذ الحكم واستجابت المحكمة لهذا الطلب .

ويترتب على ذلك أن الأحكام الادارية لا تقبل المنازعة فى تنفيذها أصلا ، ولا اثارة أية اشكالات عنـد الشروع فى تنفيذها وفقا لأحكام قانون المرافعات ، ليس فقط أمام قاضى التنفيذ باعتباره منعدم الولاية بالنسبة للأحكام الادارية ، ولكن أيضـا أمام محاكم مجلس الدولة الا وفقا للمادتين ٥٠ ، ٥١ من قانون مجلس الدولة .

ويستثنى من هذه القاعدة الأحكام الادارية التى تنفذ على الأموال الخاصة ، فيملك قاضى التنفيـذ الفصل فى المنازعات المتعلقة بتنفيذها اعتبارا بأن تلك المنـازعات انما تدور حول الشروط الواجب توافـرها للتنفيذ على الأموال ، وليس من شأن هذه المنـازعات المساس بحجية الحكم الادارى أو قوته التنفيـذية[٢١] . وسواء أكانت هذه الأحكام صادرة لمصلحة الفـرد أو مصلحة الادارة . وفى الحالة الأخـيرة تكون الادارة بالخيار باتباع طريق التنفيذ المباشر أو طريق التنفيذ المقرر فى قانون المرافعات وان اختارت الادارة الطريق الأخير فهى ملزمة باتباع قواعده وليس لها مخالفته[٢٢] .

---

(٢١) انظر تفصيلا عزمى عبـد الفتاح ـ المرجع السـابق ، ص ٨٦ وما بعدها والمراجع المشار اليها فى هامش (١٣) .

(٢٢) ادارية عليا ١٩٦٢/١١/٢٤ مجموعة المبادىء الصادرة عن المحكمة الادارية العليا فى عشر سنوات ـ جـ ٢ ، ص ٨٩٨ .

المطلب الثانى

وظائف قاضى التنفيذ

١٦٢ — تحديد :

اذا كان المشرع قد استحدث نظاما خاصا لقاضى التنفيذ ، فانه لم يفعل ذلك الا لتحقيق هدف معين هو جمع شتات مسائل التنفيـــذ فى يد قاض واحـــد ، الأمر الذى يقتضى بالضرورة الاعتراف لهـــذا القاضى بالاختصاص الشامل بكل مسائل التنفيـــذ • مما يؤدى ذلك الى تباين الوظائف التى يباشرها بالنسبة لها • فهو لا شك يمارس وظيفة القضاء بمعناها الفنى عندما يجلس قاضيا للفصل فى منازعات التنفيذ ، محققا الحماية القضائية بصورها المختلفة • كمـــا أنه يمارس وظيفة ولائيـــة بالنسبة للأوامر والقرارات المتعلقة بالتنفيذ ، فضلا عنه يمارس وظيفة ادارية بحتة عندما يجلس رئيسا لعمال التنفيذ وموظفيه يشرف عليهم ويصدر لهم تعليماته بخصـــوص أعمالهم وما يقومون به • ونتحـــدث فيما يلى عن تلك الوظائف المختلفة التى يمارسها قاضى التنفيذ مبتدئين بالوظيفة الادارية . ثم بالوظيفة الولائية وأخيرا لوظيفته القضائية :

الفرع الاول

الوظيفة الادارية لقاضى التنفيذ

١٦٣ — تحديد :

تنص المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات على أن التنفيـــذ « يجرى تحت اشراف قاضى للتنفيذ » كما تنص المادة ٣/٢٧٨ من القانون نفسه على أن « يعرض الملف (ملف التنفيـــذ) على قاضى التنفيذ عقب كل

اجراء » . من هذه النصوص ، يتضح لنا بجلاء أن المشرع يعترف لقاضى التنفيذ بوظيفة ادارية ، تمكنه من الاشراف الفعال المتواصل على اجراءات التنفيذ ، وفى كل خطوة من خطواته وعلى القـائمين به . فى كل تصرف يتخذونه . واذا كان القانون ينص فى المادة ٢٧٩ على أن التنفيذ يجرى بواسطة المحضرين ، فان ذلك لا يعنى انتفاء رقابة قاضى التنفيذ عليهم فالتنفيذ يجرى تحت اشرافه فى جميع الاحوال .

ونبين فيما يلى مظاهر الوظيفة الادارية لقاضى التنفيذ :

١٦٤ — الاشراف عى القائمين بالتنفيذ :

ينص المشرع فى المـادة ٢٧٩ على أن « التنفيـذ يجرى بواسطة المحضرين » فان هذا النص لا يقصر التنفيـذ على المحضرين وحدهم — فهناك اجراءات تنفيـذية يقوم بها آخرون من غير المحضرين ، مثل قلم كتاب المحكمة ، ورجال الادارة أحيانا[٢٣] وقاضى التنفيذ يقوم بالاشراف على القائمين به ، سواء كانوا من المحضرين أو من غيرهم :

(ا) الاشراف على المحضرين :

اذا كان المشرع ينص على أن التنفيـذ يجرى بواسطة المحضرين . فان ذلك لا يعنى انتفاء اشراف التنفيذ عليهـم وعلى ما يقومون به من أعمال تنفيـذية ، فالتنفيذ يجرى تحت اشراف قاضى التنفيـذ (م ٢٧٤ مرافعات) . فالمحضرون هم معاونوا قاضى التنيفذ ، فى اتخاذ اجراءات التنفيذ ، فهم يعملون تحت اشرافه ورقابته ، فهو الرئيس الادارى لهم ، يصدر اليهم تعليماته وأوامره ، وهم ملتزمون بتنفيـذها . ومن مظاهر الاشراف عيهم ما يأتى :

— أن المحضرين ملزمون بعرض ملف التنفيذ على قاضى التنفيذ عقب كل اجراء ، ليأمر بما يرى اتخاذه من اجراءات (م٢٧٨/٢مرافعات). ويلاحظ أن عرض الملف على قاضى التنفيذ لا يتوقف على قيام نزاع ،

---

[٢٣] عبد البـاسط جميعى — محمود هاشم — المبـادىء العامة فى التنفيذ سنة ١٩٧٨ ص ٣٥ .

وانما هو واجب أيضـــا حتى فى الحالات التى يكون فيها نزاع بشأن[٢٤] التنفيـــذ .

ـــ الأمر بالزام المحضرين بالقيام بالتنفيـــذ . وذلك اذا امتنـــع المحضر عن القيام بأى اجراء من اجراءات التنفيذ ؛ كان لصاحب الشأن أن يلجأ الى قاضى التنفيـــذ بعريضة يقدمها اليه (٢/٢٧٩) ويصـــدر قاضى التنفيذ أمره الى عامل التنفيذ باجرائه ، وهذا الأمر ، ولو كان صـــادر على عريضة مقدمة من ذوى الشـــأن ، الا أنه لا يعتبر أمرا ولائيا ؛ وانما مجرد أمر ادارى صادر من الرئيس وهو قاضى التنفيـــذ ، الى مرءوسه وهو المحضر ، يلزمه بالقيام باجراء التنفيذ نظرا لأن امتناعه عن القيام به لم يكن له ما يبرره[٢٥] .

ـــ لا يجـــوز للمحضر أن يتخذ بعض اجراءات التنفيـــذ الا بعد الحصول على اذن سابق من قاضى التنفيذ . مثل المادة ٣٥٦ التى لا تجيز للمحضر تفتيش المدين للحجز على ما فى جيبـــه الا باذن سابق من قاضى التنفيذ .

ـــ اذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة وجب عليه أن يتخذ جميـــع التدابير الممكنة للمحافظـــة على الأشياء المحجـــوزة ، **وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى التنفيذ ليأمر بنقلها وايداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر واما بتكليف أحد رجال الادارة بالمنطقة بالحراسة مؤقتا (م ٣٦٥ مرافعات)[٢٦] .**

---

(٢٤) رمزى سيف ـــ المرجع السابق ص ٣٠٣ بند ٢٠٨ .

(٢٥) عبد الباسط جميعى ـــ محمود هاشم ـــ المرجع السابق ص ٣٦ ـــ وجدى راغب ـــ النظرية العامة للتنفيذ ، ص ٢٤٨ ، وكذلك عزمى عبد الفتاح ـــ الرســـالة ـــ ص ٣٧٨ . عكس ذلك فتحى والى ـــ التنفيذ الجبرى ، الطبعة ١٩٧١ بند ٣٠٤ ص ١٢٣ .

(٢٦) وبالاضافة الى ذلك ، فان جانبا من الفقه يضيف الى هذه الحالات الواردة بالمتن والتى تدخل فى الوظيفة الادارية لقاضى التنفيـــذ فى معرض بيانهم للحالات التى يشرف فيها القاضى على اعمال المحضرين ، ثلاثة حالات اخرى هى : =

(ب) الاشراف على عمال التنفيذ من غير المحضرين :

رأينا أن المحضرين لا يحتكرون جميع اجراءات التنفيذ ، فهناك من الإجراءات ما يقوم بها عمال من غير المحضرين ، مثل قيام قلم كتاب المحكمة بالنشر عن البيع فى الصحف (م ٣٧٨ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠) أو قيام بعض رجال الادارة باجراءات تنفيذية بناء على تكليف من قاضى التنفيذ لهم ، مثل مشايخ البلاد أو العمد اذ يعهد اليهم بلصق الاعلانات فى بعض الأحيان (م ٣٨١ مرافعات) • ولا شك فى أن لقاضى التنفيذ ، سلطة الاشراف على هؤلاء الذين يقومون بأعمال التنفيذ • واذا كان ذلك

---

١ — حالة الأمر باجراء بيع المنقولات المحجوزة قبل الميعاد القانونى . والتى تنص عليها المادة ٣٧٦/٢ والتى تقضى « بأنه اذا كانت الأشياء المحجوزة عرضة للتلف ، أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار فلقاضى التنفيذ ان يأمر باجراء البيع من ساعة لساعة **بناء على عريضة تقدم من الحارس او احد ذوى الشأن •**

٢ — حالة الأمر باجراء بيع المنقولات المحجوزة فى غير مكان المنقولات المحجوز عليها او فى اقرب سوق . بناء على عريضة تقدم له من احد ذوى الشأن (م ٣٧٧) •

٣ — الاذن فى حالات الضرورة باجراء التنفيذ فى غير المواعيد المسموح بها او فى ايام العطلات الرسمية . لأن تنسيق النصوص يقتضى تخويل الاختصاص بهذا الاذن لقاضى التنفيذ وليس لقاضى الأمور الوقتية (أنظر وجدى راغب ص ٢٤٩ وهامش (١) عزمى عبد الفتاح ، الرسالة ص ٣٧٧). ولكن هذا الاتجاه فى رأينا محل نظر . لأن هذه الحالات لا تدخل فى مطلق سلطة القاضى الادارية بالمعنى الفنى ، وبالتالى فقراراته فى هذا الشأن لا تعد من قبيل الأعمال الادارية البحتة ، وانما تعد من قبل الأعمال الولائية ، فهى تصدر فى الصورة النموذجية للعمل الولائى وهو الأمر على عريضة . وبناء على طلب ذوى الشأن فلا يأمر القاضى من تلقاء نفسه بها . بعكس الوظيفة الادارية التى يباشرها القاضى تلقائيا وليس ادل على ما نقول به من ان بعض انصار هذا الراى عاد وادخل هذه الحالات ضمن الاختصاص الولائى لقاضى التنفيذ ، أنظر عزمى عبد الفتاح — رسالته ، والتى ذكر هذه الحالات ضمن وظيفة القاضى الادارية — ص ٢٧٧ . وذكرها ايضا ضمن اختصاصه الولائى ، الرسالة ص ٤٠٦ •

محل اتفاق بين الفقهاء الا أنهم قد اختلفوا بصـــدد ما اذا كان لقـــاضى التنفيذ ، سلطة الاشراف على التنفيذ الذى يتم عن طريق مندوبى الحجز فى خصوص الحجوز الادارية .

فمنهم من ذهب[٢٧] الى أن التنفيذ الادارى الذى يقوم به مندوبو الحجز ، انما يخضع لاشراف قاضى التنفيذ . والسبب فى ذلك أن مندوب الحجز ، انما يقوم مقام المحضر باعتباره الممثل الأصيل لسلطة التنفيذ .

— ومنهم من ذهب[٢٨] الى أن قاضى التنفيذ يقوم بالاشراف على التنفيذ باعتباره عضوا تنفيذيا فى جهة القضاء العـــادى . ويترتب على ذلك — بالضرورة — أنه لا يختص بالاشراف على التنفيذ الذى يكون من اختصاص جهة أخرى مثل جهة الادارة ، ومن ثم لا يخضع مندوبو الحجز الادارى لاشراف قاضى التنفيذ ، وانما يخضعون لاشراف من يكون له عليهم السلطة الرئاسية .

ولا شك أن هذا الرأى الأخير هو الجدير بالتأييد من جانبنا ، لأن قاضى التنفيذ ، ما هو الا عضو قضائى فى جهة القضـــاء المدنى ومن ثم تنحصر ولايته داخل الولاية المقررة لهذا القضاء ، ولا يتعداه الى غيره ، احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات[٢٩] . فضلا عن اختلاف الظروف التى يتم فيها الحجز الادارى واجراءاته عن اجراءات الحجز العادى . ويكون من غير المناسب أن يفرض القاضى سلطته الادارية عليها[٣٠] .

١٦٥ — تعيين من يقوم ببعض اجراءات التنفيذ :

فضلا عن الاشراف على القائمين بالتنفيذ من المحضرين وغيرهم ، فان المشرع يجيز لقاضى التنفيذ أن يقوم باختيار أشـــخاص من غـــير المحضرين للقيام ببعض اجراءات التنفيذ منها :

---

(٢٧) امينة النمر — التنفيذ الجبرى بند ١٥ ص ١٨ .

(٢٨) وجدى راغب فهمى — ص ٣٥٢ وهامش (١) . وفتحى والى — التنفيذ الجبرى ص ١٢٨ هامش (١) .

(٢٩) عزمى عبد الفتاح — الرسالة — ص ٣٨٠ .

(٣٠) محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ ص ٢٥ بند ٣٠ .

— أن يعهد الى رجال الادارة المحليين بلصق الاعلانات فيما عدا ما يجب وضعه منها فى لوحة اعلانات المحكمة (م ٣٨٠ مرافعات) .

— تكليف أحد رجال الادارة بالمنطقة بحراسة الأشـياء المحجوزة مؤقتا ، اذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة (م ٣٦٥ مرافعات) .

— تعيين خبير لتحديد قيمة المصوغات والسبائك الذهبية والفضية ، أو المعادن النفيسة أو المجوهرات أو الأحجار الكريمـة التى يرد عليها الحجز (٣٥٧/٢ مرافعات) .

١٦٦ — قيام قاضى التنفيذ بنفسه ببعض اجراءات التنفيذ :

— فى حالات معينة يقوم القاضى بنفسه ببعض اجراءات التنفيذ أى بأعمال ادارية بحتة ، مثل تلك التى يقوم بها المحضرون ، مثل القيام بالمزايدة ، بنـاء على طلب من يباشر التنفيـذ أو المدين أو الحـائز أو الكفيل ... كما يعين القاضى قبل بدء المزايدة مقادير التدرج فى العروض فى كل حالة بخصوصها مراعيا فى ذلك مقدار الثمن الأسـاسى (٤٣٧/٢ مرافعات) . ويعتمد القاضى العطاء فى الجلسة فورا لمن تقدم بأكبر عرض (م٤٣٩) . ويعيد المزايدة على ذمة من اعتمد عطاؤه فى نفس الجلسة اذا لم يودع فى الجلسة نفسها كامل الثمن والمصاريف ورسوم التسجيل والتخلف عن ايداع الخمس على الأقل (٢/٤٤٠ مرافعات) . كما يقوم قاضى التنفيذ باعداد القائمة المؤقتة للتوزيع والتى قد تصبح نهائية بعد ذلك (٤٧٤ مرافعات) . ويأمر بتسليم أوامر الصرف على الخزانة وشـطب القيود (٣/٤٧٨ مرافعات) .

تلك هى المظاهر الثلاثة لوظيفة قاضى التنفيذ الادارية والتى تختلف عن وظيفته القضائية والولائية والأعمال التى يتخذها قاضى التنفيذ فى هذه المظاهر الثلاثة تعد أعمالا ادارية بالمعنى الصحيح ، ويباشر قاضى

التنفيذ هذا الاختصـــاص الادارى تلقائيا ، ودون توقف على طلب من الخصوم ، على أن ذلك لا يمنع من مباشرتها بنـــاء على طلب من ذوى الشأن ، ولا يكون من شأن تقديم الطلب فى حالة منها ، احداث تغيير ما فى هذه الأعمال الادارية[٣١] ولم يتطلب القـــانون فى القـــرارات التى يصدرها قاضى التنفيذ من تلقاء نفسه ، شكلا معينا ، ولكنه يقتضى اثباتها فى ملف التنفيذ ، الأمر الذى يؤدى بالضرورة أن تكون مكتوبة وموقعة منه ، حتى يمكن وضعها فى هذا الملف[٣٢] .

ويطلق البعض على الأعمال التى يقوم بها قاضى التنفيذ فى سلطته الادارية هذه « أعمال التنفيذ القضائى » وهى تسمية لها دلالتها فى هذا الخصوص ، وان كان يجمع معها الأعمال الصادرة عنه بمقتضى ســـلطته الولائية[٣٣] .

الفرع الثانى

الوظيفة الولائية لقاضى التنفيذ

١٦٧ ـــ تحديد :

بجانب الوظيفة الادارية ، يقوم قاضى التنفيذ بوظيفة أخرى متميزة وهى ما يطلق عليها الوظيفة الولائية ، وهذه الوظيفـــة لا تعتبر وظيفـــة قضائية ومن ثم لا تعتبر الأعمال الصادرة عنها من قبيل الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق[٣٤] .

تنص المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات على اختصاص قاضى التنفيذ دون غيره ... باصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ . يتضح من

---

(٣١) عزمى عبد الفتاح ـــ الرسالة ص ٣٧٥ .

(٣٢) د. وجدى راغب فهمى ـــ ص ٢٤٩ ـــ ٢٥٠ .

(٣٣) وجدى راغب ـــ المرجع السابق ص ٢٤٨ ـــ ٢٥٠ .

(٣٤) عكس ذلك عبد الخالق عمر ـــ مبادىء التنفيذ ص ٢٥ بند ٣٢ وقارن وجدى راغب ـــ المرجع السابق ص ٢٥٠ والتى يعتبرها من قبيل اعمال التنفيذ القضائى .

هذا النص أن المشرع قد منح قاضى التنفيذ وحده سلطة اصدار القرارات الولائية المتعلقة بالتنفيذ ، وكذلك مباشرة وظيفته الولائية فى خصوصها - وهذا يعنى أن قاضى التنفيذ يختص بهذه المسائل اختصاصا نوعيا متعلقا بالنظام العام[٣٥] . وهذا ما يؤدى الى استبعاد اختصاص أى قاضى آخر بالنسبة لمسائل التنفيذ الا اذا ورد نص باختصاصه صراحة بمسألة منها . وعلى ذلك فاذا عرض على قاضى الأمور الوقتية طلب متعلق بالتنفيذ كان عليه الامتناع - من تلقاء نفسه - عن نظره ، ويقضى بعدم الاختصاص فى هذا الشأن[٣٦] .

ومن ناحية أخرى اذا لم يحدد المشرع جهة الاختصاص ، باصدار قرار أو أمر ولائى يتعلق بالتنفيذ ، فان قاضى التنفيذ يكون هو المختص باصداره[٣٧] لأنه صاحب الاختصاص العام بهذه المسائل ، وجدير بالذكر أن قاضى التنفيذ وهو يقوم باصدار الأعمال المتعلقة بالتنفيذ بمقتضى سلطته الولائية ، انما يقوم بذلك بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، ومن ثم تكون له سلطات هذا القاضى نفسها ، عندما يصدر الأوامر على العرائض ومن ثم يجب تطبيق الأحكام والقواعد المبينة فى المواد من ١٩٤ - ٢٠٠ المنظمة للأوامر على العرائض بالنسبة للقرارات والأوامر التى يصدرها قاضى التنفيذ فى المسائل المتعلقة بالتنفيذ ، والتى لم تخرج عن اختصاصه بنص خاص .

١٦٨ - بعض أمثلة للقرارات الولائية التى يصدرها قاضى التنفيذ

وبعد هذه العجالة السريعة فى وظيفة قاضى التنفيذ الولائية[٣٨]

---

(٣٥) احمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ ص ٣٧ - ٤٠ بند ١٨م . أمينة النمر ، المرجع السابق بند ٢١ ص ٢٣ .

(٣٦) أمينة النمر ، الاشارة السابقة ، أبو الوفا ، الاشارة السابقة . عزمى عبد الفتاح ، الرسالة ص ٣٩٢ ، رمزى سيف ص ٢٠٥ .

(٣٧) راتب ونصر الدين كامل - الجزء الثانى ص ٢١٧ بند ٤١٩ .

(٣٨) ونحيل القارىء العزيز ، اذا ما أراد الرجوع الى التفاصيل ، الى رسالة الزميل عزمى عبد الفتاح ص ٣٨٧ وما بعدها .

نورد فيما يلى مجرد أمثلة على القرارات والأوامر التى يصدرها قاضى التنفيذ بموجب سلطته الولائية ..

١ — الأمر المرخص بتوقيع الحجز :

يلزم استصدار هذا الأمر من قاضى التنفيذ فى حالتين :

(أ) توقيع الحجز التحفظى :

اذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو حكم غير واجب النفاذ ، أو كان دينه غير معين المقدار . فلا يوقع الحجز الا بأمر من قاضى التنفيذ[٣٩] يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا . ويصدر الأمر على عريضة مسببة (م ١/٣١٩ ، ٢) .

(ب) توقيع حجز ما للمدين لدى الغير :

اذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى ، أو كان دينه غير معين المقدار ، فلا يجوز الحجز الا بأمر من قاضى التنفيذ يأذن فيه بالحجز ، ويقـــدر الدين تقديرا مؤقتا وذلك بناء على عريضة يقدمها طالب الحجز (م ٣٢٧) . ويكون القاضى المختص باصدار هذا الأمر هو قاضى التنفيذ وحده ، الا اذا كان الدين المراد الحجز وفاء له يتوافر فيـــه شروط اســـتصدار أمر

---

(٣٩) يستثنى من ذلك حالة ما اذا كات الدعـــوى مرفوعة بالحق من قبل امام المحكمة المختصة ، فيجوز طلب الاذن بتوقيع الحجز من رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى (م ٣١٩ / ٤) وكذلك « اذا كان محل حق الدائن مما يجب استصدار امر بأدائه ، فيختص باعطاء الاذن بالحجز التحفظى القاضى المختص باصدار أمر الاداء » (م ٢١٠ / ١) وهو القاضى الجزئى او رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية ، على حسب مقدار الحق (م ٢٠٢ مرافعات) . فاذا لم تتوافر شروط استصدار أمر الاداء ، فيكون القاضى المختص باعطاء الامر المرخص بالحجز هو قاضى التنفيذ (انظر حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ٢١ / ٣/ ١٩٧٠ فى القضية ١٩٦٩/٨٦٢ ، وحكمها فى ١٩٧١/١٠/٣١ فى القضية ١٩٧١/٤٩٥ فى مدونة حسنى ٢٠ — ٢ — ٤٤ ، ٥٠ .

بالأداء ، فيكون المختص هنا باصدار الأمر المرخص بالحجز هو القاضى المختص باصدار الأمر بالأداء (م ٢١٠ مرافعات)[٤٠] .

٢ - الأمر بتقدير اجر الحارس :

تقضى المادة ٣٦٧ باستحقاق الحارس لأجر عن الحراسة اذا كان غير المدين أو الحائز ، ويكون لهذا الأجر امتياز المصروفات القضائية على المنقولات المحجوز عليها . ويقدر أجر الحارس بأمر يصدره قاضى التنفيذ بناء على عريضة تقدم اليه .

٣ - الأمر المرخص للحارس بادارة واستغلال الأموال المحجوزة :

لا يجوز للحارس أن يستعمل الأموال المحجوزة ولا أن يستغلها الا بناء على قرار مرخص له بذلك من قاضى التنفيذ . فالمشرع ينص على أنه اذا وقع الحجز على ماشية أو عروض ، أو أدوات أو آلات لازمة لادارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مشغل أو مؤسسة جاز لقاضى التنفيذ بناء على طلب أحد ذوى الشأن أن يكلف الحارس الادارة أو الاستغلال » (م ٢/٣٦٨ مرافعات) .

٤ - الأمر بالجنى أو الحصاد :

يجوز طلب الاذن بالجنى أو الحصاد من قاضى التنفيذ بعريضة تقدم اليه من الحارس أو من أحد ذوى الشأن (٣٧٠ مرافعات) .

---

(٤٠) ويذهب البعض الى القول بعدم اختصاص محكمة الموضوع باصدار الأمر المخص بحجز ما للمدين لدى الغير ، بناء على اختصاصها بنظر الدعوى الموضوعية ، قياسا على الحكم الوارد فى الفقرة الرابعة من المادة ٣١٩ ، على اعتبار ان حكم هذه المادة يقتصر فقط على الأمر بالحجز التحفظى . ولم يرد مثل هذا النص فى المادة ٤٢٧ . وهذا المذهب ، يتفق مع منطق الامور من ان قاضى التنفيذ هو صاحب الولاية العامة فى مثل هذه المسائل الا ما استثنى بنص خاص (انظر محمد عبد الخالق عمر ، بند ٥٠٠ ص ٥٢٤ . امينة النمر - بند ٤٠٠ ص ٣٦٦ . عزمى عبد الفتاح ، الرسالة ص ٤٠٢) .

٥ — الأمر بمد ميعاد البيع :

يعطى المشرع لقاضى التنفيذ عند الاقتضاء أن يأمر بمد الميعاد لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر (٣٧٥/٢) فى الحالات التى لا يتم فيها البيع لسبب خارج عن ارادة الدائن الحاجز ، كما لو كان الحجز واردا على محصولات لم يتم نضجها[٤١] .

٦ — الأمر بالبيع فى غير الميعاد أو المكان المحدد :

— ينص القانون على عدم اجراء البيع الا بعد مضى المواعيد التى حددها ، الا أنه أجاز لقاضى التنفيذ — بناء على عريضة تقدم من الحارس أو أحد ذوى الشأن — أن يأمر باجراء البيع من ساعة لساعة ، اذا كانت الأشياء المحجوزة عرضة للتلف أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار (٣٧٦) . ولقاضى التنفيذ ، بناء على عريضة تقدم له من أحد ذوى الشأن ، أن يأمر باجراء البيع — بعد الاعلان عنه — فى مكان آخر غير المكان الذى توجد فيه الأشياء المحجوزة أو فى أقرب سوق (م ٣٧٧) .

٧ — الأمر بزيادة الاعلان عن البيع :

للحاجز والمحجوز عليه أن يطلب بعريضة تقدم لقاضى التنفيذ لصق عدد أكبر من الاعلانات أو زيادة النشر فى الصحف أو غيرها من وسائل الاعلام أو بيان الأشياء المطلوب بيعها فى الاعلانات بالتفصيل (م ٣٧٩) .

٨ — الأمر بتعيين من يقوم بالبيع :

تباع الأسهم والسندات وغيرها ... بواسطة أحد البنوك أو السماسرة أو الصيارف يعينه قاضى التنفيذ بناء على طلب يقدمه اليه الحاجز ، ويبين القاضى فى أمره ما يلزم اتخاذه من اجراءات الاعلان (م ٤٠٠ مرافعات) .

---

(٤١) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الامة ، على المادة ٣٧٥ .

٩ — الأمر بتنفيذ حكم المحكمين والسندات الرسمية الأجنبية :

رأينا فيما سبق أن حكم المحكمين لا يكون له أي قوة تنفيذية الا بعد الأمر بتنفيذه ، وعلى هذا تقضى المادة ٥٠٩ صراحة بقولها « لا يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ الا بأمر يصدره قاضى التنفيذ ... بناء على طلب أى من ذوى الشأن ، فيصدر القاضى أمره بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع تنفيذه » .

ومن ناحية أخرى يختص قاضى التنفيذ باصدار أمر ولائى بتنفيذ السندات الرسمية المحررة فى بلد أجنبى (من غير الأحكام القضائية الأجنبية) فى مصر ، بالشروط نفسها المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة فى الجمهورية وذلك بداهة بعد التحقق من توافر شروط استصدار الأمر بتنفيذ هذه السندات (٣٠٠ مرافعات) .

وغنى عن البيان أن كل هذه الأوامر تعد أوامر على عرائض صادرة بمقتضى السلطة الولائية لقاضى التنفيذ ، مما ينبغى تطبيق كافة القواعد المنظمة للأوامر على العرائض بصفة عامة عليها بالنسبة لاجراءات استصدارها وبياناتها والتظلم منها ، وخلاف ذلك من القواعد المنصوص عليها فى المواد من ١٩٤ — ٢٠٠ من قانون المرافعات .

الفرع الثالث

الوظيفة القضائية لقاضى التنفيذ

١٦٩ — تمهيد :

تنص المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات على أن « يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها .. ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة » . يتضح من نص هذه المادة ، أن المشرع قد اختص قاضى التنفيذ وحده بالفصل فى منازعات التنفيذ كافة ،

موضوعية كانت أم وقتية . ولما كان قاضى التنفيذ يعد محكمة قائمة بذاتها ، فان ذلك يعنى أن المشرع قد قام بتوزيع ولاية القضاء المدنى على أعضائه المكونين له ، وفقا لمعايير محددة ، أهمها نوع المسألة محل النزاع ، فأدخل فى اختصاص قاضى التنفيذ ، كل المنازعات المتعلقة بالتنفيذ . وهذا النوع من الاختصاص هو ما يطلق عليه الفقه الايطالى الاختصاص المتعلق بالوظيفة ، فهو لذلك يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وينبغى علينا أن نحدد الاختصاص النوعى لقاضى التنفيذ ، وكذلك اختصاصه المحلى ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول

الاختصاص النوعى لقاضى التنفيذ

١٧٠ — مفهوم مسائل التنفيذ :

رأينا فيما تقدم أن المشرع قد أنشأ قاضى للتنفيذ ليكون بمثابة محكمة جزئية ، يندب من بين قضاة المحكمة الابتدائية ، وقد خصه بسلطة الفصل فى كل ما يتعلق بالتنفيذ من مسائل . واختصاصه بها يعد اختصاصا نوعيا بهذه المسائل[٤٢] ، بغض النظر عن قيمتها (م ٢٧٥ مرافعات) ، وهو هنا يعد من قبيل القضاء النوعى المشتق .

ويتعين علينا تحديد المقصود بمسائل التنفيذ والتى تدخل نوعيا فى اختصاص قاضى التنفيذ . فهل يقصد بها كل مسائل التنفيذ التى تدخل فى ولاية القضاء العادى ؟ أم يقصد بها نوع آخر ؟

١٧١ — استبعاد مسائل التنفيذ المتعلقة بالجزاءات الجنائية :

عرضنا فيما سبق الى أن المسائل الجنائية تدخل فى ولاية القضاء العادى الا ما أخرجه منها المشرع بنص خاص . وقد قام المشرع

---

(٤٢) احمد أبو الوفا . قاضى التنفيذ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٨ ، العدد الثالث ، ص ٦٦٦ . عبد الخالق عمر ، ص ٢٧ وما بعدها . وجدى راغب ص ٢٥٣ .

بتوزيع الاختصاص بهذه المسائل على محاكم القضاء العادى المختلفة ، وفقا لتقسيمات الجرائم ، الى مخالفات وجنح وجنايات.ولكن المشرع — تأكيدا منه لفكرة التخصص فى تولى الوظيفة القضائية — ذهب الى حد انشاء قضاء نوعى مشتق من المحاكم العادية وعهد اليه بالنظر فى المواد الجنائية وحدها . ولكن هذه المحاكم تعد جزءا لا يتجزأ من القضاء العادى ، وان سميت بأسماء مختلفة فنجد مثلا المحاكم الجزئية تختص بالفصل فى كل ما يعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة ، عدا الجنح التى تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد (م ٢١٥ اجراءات جنائية) ويجب أن يحضر جلسات المحكمة الجزئية باعتبارها محكمة جنائية ، أحد أعضاء النيابة العامة اعمالا لحكم المادة (٢٦٩ أ.ج) وتستأنف الأحكام الصادرة منها أمام دائرة استئنافية تشكل من ثلاثة قضاة من بين قضاة المحكمة الابتدائية ، وتسمى هذه الدائرة « بمحكمة الجنح المستأنفة » وتعقد جلساتها فى مقر المحكمة الابتدائية أو خارجه بقرار من وزير العدل (م ٩ من قانون السلطة القضائية) .

أما بالنسبة للجنايات ، فتشكل فى كل محكمة استئناف دائرة أو أكثر لنظر قضايا الجنايات وتؤلف من ثلاثة مستشارين من بين مستشارى محكمة الاستئناف (م ٧ س ق) . وتنعقد محكمة الجنايات فى كل مدينة بها محكمة ابتدائية ، وتشمل دائرة اختصاصها ما تشمله دائرة المحكمة الابتدائية (م ٨ س ق) . وتختص محاكم الجنايات بالحكم فى كل ما يعد بمقتضى القانون جناية ، والجنح التى تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الجنح المضرة بأفراد الناس (م ٢١٤ معدلة بالقانون ١٠٧ لسنة ١٩٦٢)[٤٣] .

وتطبق المحاكم الجنائية الجزاءات الجنائية اى العقوبات الجنائية المقررة للفعل الاجرامى المرتكب . وقد نصت المادة ٥٢٤ من قانون

---

(٤٣) انظر فى ذلك رؤوف عبيد — مبادىء الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى — الطبعة العاشرة سنة ١٩٧٤ ص ٥٢٣ وما بعدها .

الاجراءات الجنائية[٤٤] على اختصاص المحكمة الجنائيـة التى أصدرت الحكم بكل أشكال من المحكوم عليه فى التنفيذ الا اذا كان النزاع متعلقا بتنفيــذ حكم صادر من محكمة الجنايات فانه يرفع الى محكمة الجنـح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة .

يتضح من النص المتقدم أن القضاء الجنائى ، بتشكيلاته المختلفة هو جهة الاختصـاص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام الجنائيـة حتى منها الأحكام المالية اذا كان الاشكال مرفوعا من المحكوم عليـه . وهذا ما يعنى ضروررة استبعاد مسائل التنفيذ هذه من اختصاص قاضى التنفيذ .

وكذلك الأمر بالنسبـة للمنازعات المتعلقة بتنفيذ قرارات النيـابة العامة فى شكاوى وجنح الحيازة لا تدخل فى عداد منازعات التنفيذ التى تدخل فى اختصـاص قاضى التنفيذ ، ومن ثم لا تدخل تلك المنـازعات فى اختصاص قاضى التنفيذ[٤٥] . وذلك لأن القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ قد استمدت تنظيما جديدا لحماية الحيازة اذا تم الاعتـداء عليها بفعل يعتبر بمقتضى القانون جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣٦٩ وما بعدها . وليس من بين هذا التنظيم عقد الاختصاص لقاضى التنفيذ بشىء منها فى هذه الحالات .

الا أن المادة ٥٢٧ من قانون الاجراءات الجنائية تقضى باختصاص المحكمة المدنية بالنظر فى اشكالات التنفيذ المرفوعة من غير المتهم بشأن الأحكام الماليـة[٤٦] الصادرة من القضـاء الجنائى . وهنا تدخل هذه الاشكالات فى اختصاص قاضى التنفيذ .

---

(٤٤) معدلة بالقانون ١٠٧ لسنة ١٩٦١ انظر رؤوف عبيد — المرجع السابق ص ٧٣٠ .

(٤٥) نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ فى الطعن رقم ١١٢٦ لسنة ٥٣ ق .

(٤٦) يثور الخلاف بين الفقهاء حول الأحكام الصادرة بالازالة او الغلق او التسوير او المصادرة وهى تعتبر احكام مالية يدخل المنازعة بشأن تنفيذها =

نخلص مما تقدم أن المحاكم الجنائية تعد هى الأخرى صاحبة الولاية العامة فى نظر مسائل التنفيذ كافة المتعلقة بالأحكام الصادرة عنها ، ولا يخرج عن ذلك الا اذا نص المشرع على اختصاص محاكم أخرى باشكالات معينة مثل المادة ٥٢٧ فى الحدود السابقة .

واذا ما استبعدنا مسائل التنفيذ المتعلقة بالأحكام الصادرة عن القضاء الجنائى وكذلك قرارات النيابة فى شأن الحيازة ، فيصبح قاضى التنفيذ مختصا بولاية الفصل فى جميع منازعات التنفيذ المتعلقة بجميع المواد التى تدخل فى ولاية القضاء المدنى ، أى مسائل التنفيذ فى المسائل المدنية والتجارية الموضوعية(٤٧) والوقتية ، والمنازعات العمالية ، وكذلك المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية وسواء كان

فى اختصاص قاضى التنفيذ اذا رفعت من غير المحكوم عليه ، أم ترفع الى المحكمة التى أصدرتها ؟

ذهب رأى الى القول بأنها تعد جزاءات جنائية ، ومن ثم لا تعد مالية ، (راتب ونصر كامل) جـ ٣ ص ٧١ . عزمى عبد الفتاح — رسالة ص ٣٢١ . ونقض ١٩٥٦/٦/١٤ — المجموعة ص ٧ ص ٧١٨) بينما ذهب رأى آخر الى انها تعد احكاما مالية لأن ظاهر النص ينصرف الى كافة الأحكام التى يمكن أن يضار بها غير المتهم بوجه عام (رؤوف عبيد — المرجع السابق ص ٧٣٠ هامش (١) . فتحى والى — التنفيذ الجبرى سنة ١٩٧١ ص ٥٩٦) .

(٤٧) فمثلا دعوى بطلان حكم مرسى المزاد منازعة موضوعية يختص بها قاضى التنفيذ دون غيره (نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ فى الطعن ٩٧٣ لسنة ٥٤ ، نقض ١٩٧٥/٣/٩ المجموعة س ٢٦ ، ص ٥٤٠) والدعوى بالزام المحجوز لديه بالدين المحجوز من أجله وبالتعويض ، منازعة موضوعية يختص بها قاضى التنفيذ دون غيره (نقض ١٩٧٦/٢/١٠ ، س ٢٧ ، ص ٤٢٢) ، ٧٦/٣/٢٣ المجموعة نفسها س ٢٧ ص ٧٣٦ .

وكذلك دعوى الاستحقاق الفرعية (نقض ٧٥/٣/٩ ، س ٢٦ ، ص ٦٧٥) ودعوى طلب رفع الحجز لبطلانه لأى سبب من الأسباب (نقض ١٩٧٧/٤/٥ ، س ٢٨ ، ص ٩٢٢) .

وانظر فى ماهية المنازعة الموضوعية فى التنفيذ والمنازعة الوقتية فيه : نقض ١٩٨٨/٢/٤ فى الطعن ٢٢٢٢ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٧٨/٤/١٣ س ٢٩ ، ص ١٠٠٥) .

موضوعها التنفيـذ على الأموال ، أو التنفيـذ على الأشخاص كالأحكام الصادرة بالطاعة أو بتسليم الصغير أو حبس المدين بالنفقة[٤٨] .

١٧٢ — استثناء : اختصاص محاكم أخرى ببعض منازعات التنفيذ :

اذا كانت القاعدة تقضى بأن قاضى التنفيذ يختص بالفصل بجميع منازعات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، الا أن ذلك لا يقيد المشرع بنصوص خاصـة فى أن يخرج بعض منازعات التنفيذ من اختصاصه ، ويدخلها فى اختصاص محاكم أخرى ، وفى هذا الصدد يحسن بنا أن نفرق بين الفروض الآتية :

(ا) النصـوص الواردة فى قانون المرافعات أو غيره من القوانين اللاحقة عليه :

اذا ورد نص فى قانون المرافعات ، أو فى أى قانون لاحق عليـه ، يمنح الاختصـاص بنظر بعض منازعات التنفيـذ لغير قاضى التنفيذ ، فيجب احترام هذه الارادة التشريعية ولا يكون لقاضى التنفيذ أن يفصل فى مثل هذه المسائل ، وعليـه أن يقضى بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه

---

(٤٨) وهذا ما يذهب اليه جمهور الفقهاء . احمد أبو الوفا — قاضى التنفيذ — المشار اليه ص ٧٠٠ ، اجراءات التنفيذ — ٧٦ ص ٣٦٩ بند ١٥٧ ؛ فتحى والى ص ٥٩٨ . عبد الخالق عمر — مبادىء ص ١٩٧٧ ص ٤٦ — ٤٧ بند ٥٥ . انور العمروسى ، اصول المرافعات الشرعية سنة ١٩٧١ ص ٤١٧ ، ٤٢٧ . وعزمى عبد الفتاح ، الرسالة ص ٣١٨ — ٣١٩ وهامش (١). عكس ذلك وجدى راغب والذى يرى ان اختصاص قاضى التنفيذ ينحصر فى مسائل التنفيذ على المال ، مستندا فى ذلك الى ما استقراه سيادته من نصوص قانون المرافعات خاصة المادتين ٢٧٦ ، ٢٧٧ من انها تفترض أن محل التنفيذ مال . فضلا ان المشرع قد نظم قاضى التنفيذ فى الكتاب الثانى الخاص بطرق التنفيذ على الاموال . وكذلك الكتاب الرابع الذى يحيل الى الكتاب الثانى فقط اذا اقتضى الحجز على الأموال وبيعها (م ١٨٨) . واخيرا فان المشرع الفرنسى بالقانون المنشىء لقاضى التنفيذ قد نص فى مادته التاسـعة على اختصاص قاضى التنفيذ بمنازعات التنفيذ الموضوعية متى كان يجرى التنفيذ

لتعلق الاختصـــاص هنا بالنظام العام • ونورد فيما يلى لأمثلة من هذه النصوص ••

— **الدعوى التقريرية بثبـــوت الحق وصحة الحجـــز** ، ترفع الى المحكمة المختصة — بالرغم من أنها تعد منازعة موضوعية فى التنفيذ — بحسب قيمة الدعوى ، أى الى المحكمة الابتدائيـــة أو الجزئية • وذلك فى الحالات التى يوجب القـــانون رفع هذه الدعوى (المواد ٣٢٠/٣ ، م ٣٢١ ، ٣٣٩ ، ٣٤٩/٢ من قانون المرافعات) •

— **الأمر المرخص بتوقيع الحجز التحفظى** ، من القـــاضى المختص باصـــدار الأمر بالأداء (القاضى الجـــزئى ، أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية) اذا كان الحجز يتم وفاء لحق توافرت فيه شروط استصدار أمر الأداء (م ٢١٠/١ مرافعات) • أو من المحكمة المختصـــة اذا كانت الدعوى مرفوعة بالحق من قبل أمامها (م ٣١٩/٤) •

— **منازعات التنفيذ المتعلقة بالمنازعات الزراعية :**

تختص المحكمة الجزئية وحدها بالفصل فى منازعات التنفيذ ببعض المنازعات الزراعية بشرط أن تكون ناشئة عن عقد الايجار (المادة ٣٩ مكرر المضافة الى المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، بمقتضى القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥[٤٩]

=

على الأموال . وجدى راغب المرجع السابق ص ٥٣ هامش (١) . وتعرض هذا الراى لمعارضة من جانب العديد من الفقهاء . انظر فى معارضته فتحى والى — الاشارة السابقة . عبد الخالق عمر ، الاشارة السابقة . عزمى عبد الفتاح ، الاشارة السابقة .

(٤٩)ان الاختصاص بنظر هذه المنازعات كان مقصورا على لجان فض المنازعات الزراعية برغم انتقادات الفقه ، الى ان صدر القانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥ (والمنشور بالجريدة الرسمية السنة ١٨ العـــدد (٣١ تابع) فى ١٩٧٥/٧/٣١) . والذى الغى القانون ٥٤ لسنة ١٩٦٦ واضاف مادة جديدة برقم ٣٩ مكرر الى المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على ان « تختص

=

— اختصاص هيئات التحكيم بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها فى منازعات القطاع العام [٥٠] .

(ب) النصوص الخاصة الواردة فى قوانين سابقة :

توجد نصوص قانونية سابقة على قانون المرافعات المنشىء لقاضى التنفيذ ، تمنح الاختصاص ببعض منازعات التنفيذ لمحاكم معينة ، مثل المادة ٢٠٥ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، والتى كانت تعطى هيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ الوقتية المتعلقة بها بوصفها قاضيا للأمور المستعجلة فهل يزول هذا الاختصاص الوارد بهذا النص ويؤول الى قاضى التنفيذ ، على اعتبار أن قانون المرافعات لاحق عليه ؟ اختلف الفقهاء فى هذا الشأن فمنهم من ذهب الى أن قانون المرافعات قد نسخ كل نص يخالفه ورد فى قانون سابق عليه فى خصوص الاختصاص بمنازعات التنفيذ . نظرا لصراحة المشرع بنصه على أن قاضى التنفيذ يختص بها دون غيره (م ٢٧٥) مما يدل على أن المشرع قد أراد بذلك سلب أى اختصاص لمحكمة أخرى ولو كان واردا فى نص خاص[٥١] .

=

المحكمة الجزئية ، أيا كانت قيمة الدعوى ، بنظر المنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية والقابلة للزراعة الواقعة فى دائرة اختصاصها .. » وبهذا أصبحت المحكمة الجزئية هى المختصة بنظر المنازعات الزراعية هذه بغض النظر عن قيمة الدعوى بشرط أن تكون المنازعة ناشئة عن عقد الايجار ، انظر (نقض ١٩٨٨/١/١٣ فى الطعن ١٦٦٠ لسنة ٥٤ ق ، نقض ٣٠ / ٣ / ١٩٨٧ فى الطعن ٩٢٨ لسنة ٥٣ ق) .

(٥٠) وبالاضافة الى هذه الحالات الواردة بالمتن يعطى المشرع لمحاكم الطعن بالاستئناف والنقض التماس اعادة النظر ، سلطة الأمر بوقف النفاذ المعجل أو النهائى بناء على طعن مرفوع أمامها عن الحكم (المواد ٢٩٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥١ من قانون المرافعات) .

(٥١) على راتب ونصر كامل وفاروق راتب — المرجع المشار اليه الجزء الثانى بند ٤٢٢ . وانظر فى عرض هذا الرأى عبد الخالق عمر ص ٣٣ — ٣٤ .

ومنهم من ذهب(٥٢) الى أن قانون المرافعات فى خصوص اختصاص قاضى التنفيذ بمنازعات التنفيذ لا ينسخ اختصاص محاكم أخرى الواردة بنصوص خاصة ولو كانت سابقة على هذا القانون نظرا لما هو مقرر من أن الحكم الخاص يقيد العام • وهـذا هو الرأى الجدير بالتأييد من جانبنا نظرا لمتانة الأساس القانونى المبنى عليه •

غير أن الخلاف بالنسبة لاشكالات التنفيذ بالنسبة لقرارت هيئات التحكيم فى منازعات العمل . لم يعد له محل بعد صـدور قانون العمل الجديد رقم ١٣٧ لسنـة ١٩٨١ وهو لاحق لصدور قانون المرافعـات • حيث استبقى قانون العمل فى المادة ١٠٤ منه الاختصـاص بنظر هذه الاشكالات لهيئة التحكيم بوصفها قاضيا للأمور المستعجلة ، ونص المادة ذاتها على أن يسرى عليها الأحكام الخاصة باشكالات التنفيذ الواردة فى القوانين المعمول بها •

(جـ) الاحالة الى القواعد العامة :

اذا اقتصر النص الخاص على الاحالة الى القواعد العـامة أو الى قانون المرافعات ، فلا شك أن القاضى المختص بنظر مثل هذه المنازعات المتعلقة بالتنفيذ هو قاضى التنفيذ(٥٣) •

---

(٥٢) فتحى والى — التنفيذ الجبرى ، ١٩٨٤ ص ١٥٢ بند ٧٨ م . احمد ابو الوفا — التعليق على نصوص قانون المرافعات ، الطبعة الثانية ص ٧٩٠ — واجراءات التنفيذ ، ص ٣٨ . وجدى راغب — المرجع السابق ص ٢٥٣ . عبد الخالق عمر ص ٣٤ . وقد اخذت به بعض الأحكام القضائية القاهرة الابتدائية ١٩٧٠/١٢/٥ فى القضية ١٩٦٩/٨٠١٥ مدنى مدونة حسنى ١٩٨٥/١/٢٠ . وانظر مع ذلك عبد الخالق عمر الذى يقرر اختصاص قاضى التنفيذ بنظر المنازعات المتعلقة بالافلاس ، ص ٣٧ ، والقاهرة الابتدائية ١٩٧٠/٣/٢٨ رقم ٩٦ سنة ٦٩ تجارى / مدونة حسنى ١٩٨٤/١/٢٠ . وهذا الرأى محل نظر وفقا لما قررناه بالمتن .

(٥٣) فتحى والى — المرجع السابق ص ١٥٢ . احمد ابو الوفا — اجراءات ص ٣٨ . وحتى ولو سكت المشرع على النص على اختصـاص

=

الخلاصـــة :

نخلص مماسبق الى أن قاضي التنفيذ يختص نوعيا بالفصل فى منازعات التنفيـــذ كافة الموضوعية أو الوقتية أيا كانت قيمتهـــا ، وذلك بالنسبة لمسائل التنفيذ المتعلقة بالمنازعات المدنية والتجارية ومســائل الأحوال الشخصية الا ما خرج منها بنصوص خاصـــة • ويترتب على ذلك أنه يتعين على أى محكمة أخرى أن تقضى بعدم الاختصاص ومن تلقاء نفسها اذا ما رفعت اليها مسألة متعلقة بالتنفيذ مما يدخل فى اختصاص قاضى التنفيـــذ ، وللخصوم طلب ذلك فى أى مرحلة تكون عليهـــا الدعوى[٥٤] وكذلك الحال لو رفع أمام قاضى التنفيـــذ مسألة لا تدخل فى اختصـــاصه نظرا لعدم تعلقها بالتنفيـــذ أو متعلقة به ، ولكن يقرر المشرع اختصاص محكمة أخرى بها[٥٥] •

=

محكمة معينة بنظر منازعة تنفيذية ، فيعقد الاختصاص ايضا بها لقـــاضى التنفيذ ، ومثال ذلك المـــادة ٣٤٣ التى تعطى للدائن رفع دعـــوى الالزام الشخصى على المحجوز لديه اذا لم يقم بواجبه بالتقرير بما فى الذمة • فاستقر القضاء على رفع هذه الدعوى الى قاضى التنفيذ بالاجراءات المعتادة (القاهرة الابتدائية ١٩٧١/٥/١١ رقم ١٩٦٩/٥٩٣١ مدنى) مدونة التشريع والقضاء ، عبد المنعم حسنى استئناف القاهرة ١٩٧٠/١١/٢٦ ، الســـنة ٨٧ مدونة حسنى ، ونقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٠ المجموعة السنة ٢٧ ص ٤٢١ ، ٢٣ مارس سنة ١٩٧٦ المجموعة السنة ٢٧ ص ٤٣٢ ، ٢٣ مارس سنة ١٩٧٦ نفس المجموعة ص ٧٣٦ •

(٥٤) نقض ١٩٧٧/٤/٥ فى الطعن ٢٥٠ لســـــنة ٤٣ ق ، نقض ١٩٧٦/٢/١٠ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ المجموعة س ٢٧ ص ٤٢٢ ، ص ٧٣٦ — رمزى سيف ص ٢٠١ ، بند ٢٠٧ • عبد الخالق عمر ، ص ٢٨ — احمـــد ابو الوفا — اجراءات ص ٣٧ • وجدى راغب ، ص ٢٥٤ •

(٥٥) رمزى سيف ، الاشارة السابقة ، عبد الخالق عمر ، الاشارة السابقة — ويجب عليه احالة الدعوى على المحكمة المختصة عملا بالمادة ١١٠ • الا أن الدكتور ابو الوفا يذهب الى أن قاضى التنفيذ لا يملك — اذا كان ينظر دعوى مستعجلة — أن يحكم باحالة الدعوى الى محكمة موضوعية

=

ولا يجوز بطبيعة الحال للخصـوم الاتفاق على مخالفة الاختصاص النوعى لقاضى التنفيذ(٥٦) .

١٧٣ ـ بدء سلطة قاضى التنفيذ القضائية

١ ـ بدء سلطة قاضى التنفيذ :

رأينا فيما تقدم ، أن قاضى التنفيـذ يختص بالفصل فى جميـع منازعات التنفيـذ المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية ومسـائل الأحوال الشخصية ، فهو صاحب الولاية العامة فى تولى الوظيفة القضائية فى هذه المسائل ، الا ما أخرجه المشرع منها بنص خاص وهو لذلك يمارس سلطة ادارية تتمثل فى الاشراف على التنفيذ ، وله أيضا سلطة ولائية تتمثل فى اصدار الأوامر كافة المتعلقة بتلك المسائل المتعلقة بالتنفيذ وفضلا عن هذه وتلك ، يمـارس سلطة القضاء بخصـوصها ، فيصدر بشـأنها الأحكام

=

حتى لا يمس الموضوع ، وانما يستطيع الحـكم بالاحالة الى قاضى الأمور المستعجلة اذا حكم بعدم اختصاصه محليا أو نوعيا (اجراءات ، طبعـة ١٩٧٦ ، ص ٣٥) . ولكن هـذه التفرقة لا مبرر لها ، حيث من المقرر أن القاضى اذا حكم بعدم اختصاصه لأى سبب عليه أن يحيل الدعوى الى المحكمة المختصة . فضلا عن أن قاضى التنفيذ هو قاض للموضـوع وقاض للأمور المستعجلة فى الوقت نفسه ، فيكون له ، من ثم ، متى قضى بعدم اختصاصه أن يحيل الدعوى الى المحكمة المختصة . (عبد الخالق عمر ، ص ٤٩ ، أمينة النمر ـ التنفيذ الجبرى ، بند ٢٦) . وكذلك الحال اذا كانت الدعوى متعلقة بالتنفيذ ، ورفعت أمامه باجراءات مختلفة عن الاجراءات الواجبة الاتباع ، كما لو طلب منه الحكم بصفة مستعجلة فى منازعة موضوعية ، فلا يحـكم القاضى بعدم اختصاصه ، وانما يفصل فى الطلب باعتباره طلبا موضوعيا (وجدى راغب ، ص ٢٥٤ ، راتب كامل راتب ، ج ٢ ص ٣٧) عكس ذلك أمينة النمر ـ الاشارة السابقة ـ والتى تقرر أن على القاضى أن يحكم بعدم الاختصاص دون احالة ، ويحدد جلسة لنظر الدعوى وفقا للتكييف الصحيح لها . وهذا الرأى منتقد ، حيث انه كيف يقضى بعدم اختصاصه وهو مختص ، ثم يحكم فى الطلب ؟ اليس فى ذلك تناقض ؟ !!

(٥٦) أبو الوفا ـ اجراءات ، ١٩٧٦ ، ص ٣٤ .

القضائية ، المانحة للحماية القضائية موضوعية كانت أم وقتية • على أن قاضى التنفيـــذ لا يثبت له هذا الاختصاص الا بعد البـــدء فى التنفيذ ، بموجب سند من السندات التنفيذية المنصـــوص عليها فى القانون • فلا يكون لقاضى التنفيذ سلطة القضاء ، ومنح الحماية القضائيـــة ابتداء ، لأن هذه هى مهمة القضاء فى مرحلة التحقيق واصدار الحكم • فالخصومة القضائية تباشر أمام القضاء للحصول على حكم فى الموضوع • أما خصومة التنفيذ ، وبالتالى بدء اختصاص قاضى التنفيذ ، فلا تبدأ الا بعد الحصول على السند التنفيذى المؤكد لوجود الحق الموضوعى المراد اقتضاؤه جبرا ولذلك فان قاضى التنفيذ يباشر نشاطه لاقتضاء حق مؤكد سلفا بمقتضى سند تنفيذى ، حكما كان أو غير حكم ، فيتدخل قاضى التنفيذ للفصل فى المنـــازعات التى تثور بعد ذلك ، فاصـــلا فى صحة اجراءات التنفيـــذ أو بطلانهـــا ، وغير ذلك من المنازعات • وبعبـــارة أخرى فان قاضى التنفيذ لا يباشر وظيفته القضائية الا بعد بدء اجراءات التنفيـــذ بحكم أو بأى سند تنفيذى آخـــر ، فيقوم بالفصل فى سائر المنازعات المتعلقة به بعد ذلك ، مؤكدا الحق فى التنفيـــذ ، وصحة اجراءات التنفيذ ، أو موقفا التنفيذ مؤقتا أو قاضيـــا بالاستمرار فيـــه • فلا ترفع لذلك أمام قاضى التنفيـــذ دعوى المطالبة بحق ، بتقريره أو نفيـــه ، أو بتزوير مستند أو خلاف ذلك من المنازعات التى يجب عرضها أولا على القضاء الموضوعى ، فلا يتدخل قاضى التنفيـــذ فى تكوين السند التنفيذ الذى يتم التنفيـــذ بمقتضـــاه[٥٧] • ولا يختص قاضى التنفيـــذ كذلك بالنظر فى منازعات

---

(٥٧) الا اذا منح المشرع ، بنوع خاص ، اختصاص قاضى التنفيذ بشىء من ذلك مثل اختصاصه بالأمر بتنفيذ حكم المحكمين (م ٥٠٩ مرافعات) ، والأمر بتنفيذ المحررات الأجنبية الموثقة (م ٣٠٠) • والأمر المرخص بتوقيع الحجز التحفظى على المنقولات تحت يد المدين أو الغير ، فى الحالات التى يوجب فيها هذا الأمر (م ٢/٣١٩ ، ١/٣٢٧) • ولكن هـــذه الحالات التى يباشر فيها القاضى وظيفته قبل البدء فى التنفيذ ، أنما يباشرها بموجب سلطته الولائية لا القضائية . قارن فتحى والى ، ص ١٤٩ الذى يقرر أن اصطلاح

الصور التنفيذية للسندات التى يتم التنفيذ بمقتضـاها ، ولا منازعات القوة التنفيذية المقررة للأحكام القضائية .

١٧٤ — تحديد الأعمال القضائية الصادرة عن قاضى التنفيذ :

ومتى تم البـدء فى اجراءات التنفيذ ، تثبت سلطة القضـاء لقاضى التنفيذ الموضوعية منها والوقتية ، وذلك بغض النظر عن قيمتها ، وأيا كان السـند الذى يجرى التنفيذ بمقتضـاه ، حكما كان أو غير حكم ، وأيا كان نوع التنفيذ ، سواء كان بالحجز ونزع الملكية أو كان تنفيذا مباشرا .

وأيا كانت طبيعة المال المنفذ عليه ، عقارا كان أو منقولا ، وأيا كان طريق التنفيذ المتخذ ، وأيا كان موضوع التنفيذ ، أى سواء تم على المال أو على الأشخاص ، كتلك الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية

« عند التنفيذ » لا يعنى ربط الاختصاص ببدء التنفيذ . لأن طلب التنفيـذ ذاته ليس من اجراءات التنفيذ بالمعنى الفنى ، كما ان المنازعة فى التنفيـذ قد توجد قبل بدء التنفيذ .

ويذهب البعض (امينة النمر ، احكام التنفيذ ص ٣٣ — ٣٤ هامش (١) . وعبد الخالق عمر ، مبادىء ٤٣ — ٤٤ بند ٥٣) الى القول باختصاص قاضى التنفيذ بالحكم بالغرامة التهديدية باعتبارها وسـيلة من وسائل التنفيذ . ولكن هذا القول لا يستند الى اساس قانونى سليم ، فقاضى التنفيذ لا يثبت له اختصاصه الا بعد بدء اجراءات التنفيذ بموجب سـند تنفيذى ، ولا يثبت له هذا الاختصاص قبل ذلك الا بنص خاص ، فضلا عن أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يعد سندا تنفيذيا نظرا لأن موضوعه حق احتمالى غير محدد الوجود ، ومن ثم فلا يكون قابلا للتنفيذ وعلى هذا يكاد ينعقد الاجماع . وفضلا عن ذلك ان الغرامة التهديدية انما هى وسيلة اكراه اى اجبار غير مباشر . اما التنفيذ الذى يختص به قضاء التنفيذ انما يعـد اجبارا مباشرا (وجدى راغب — ص ٢٥١ هامش (٢) . احمد ابو الوفا — التعليق — الطبعة الثانية ، ص ٨٠٢ ، فتحى والى ص ٥٤٥) .

التى تصدر بتسليم المحضون الى من لهم حق حضانته أو يمكن من له حق الرؤية من رؤية المحضون أو غيرها(٥٨) .

وترفع هذه المنازعات أمامه بالاجراءات المعتـادة المقررة للدعاوى بالنسبة للمنازعات الموضوعية ، أو بالاجراءات الخاصة بالنسبة للمنازعات الوقتيـة ، ومتى رفعت المنازعة أمام القاضى بهذه الاجـراءات ، فانه يفصل فيها مانحا الحماية القضائية الموضوعيـة أو الوقتية ، عن طريق ما يصدره فيها من أحكام .

— **الأحكام الموضوعيـة** : ختص قاضى التنفيـذ بالفصل فى جميع المنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ فى الحدود التى أوضحناها فيما سبق بغض النظر عن قيمتها (م ٢٧٤) ، ويفصـل فيها باجراءات الخصومة القضائية المقررة أمام المحكمة الجزئية ، وسـواء رفعت من أحد أطراف التنفيذ — مثل دعوى رفع الحجز أو الاعتراض على قائمة شروط البيع ، أو دعوى بطلان الحجز — لتوقيعـه بدون اتخاذ مقدمات التنفيـذ ، أو وقوعه قبل انقضاء ميعاد التنفيذ ، أو لوروده على مال لا يجوز التنفيذ عليه ، أو لانقضاء الحق الثابت فى السند التنفيذى بالتقادم أو الوفاء ، أو عدم حلول ميعاد المطالبـة به . أو رفعت من الغير كدعوى استرداد المنقولات المحجوزة أو دعوى الاستحقاق الفرعية .

ويفصل قاضى التنفيذ فى هذه المنازعات باعتباره قاضيا موضوعيا ، مؤكدا وجود أو عدم وجود الحق فى التنفيـذ ، أو وجود أو عدم ملكية الغير للأموال المحجوزة ، صحة أو بطلان اجراءات التنفيذ . محققا بذلك حماية موضوعيـة ، ولذلك فان أحكامه فى هذا الخصـوص تعد أحكاما

---

(٥٨) ابو الوفا — بحث فى مجلة ادارة قضايا الحكومة ، س ١٨ ، ص ٧٠ ، فتحى والى ، بند ٩٨ ، ص ١٥٤ ، عبـد الخالق عمر ، ص ١٩٨ ، راتب — كامل راتب — المرجع السابق ، ص ٧٤٩ . قارن وجدى راغب حيث يقصر اختصاص قاضى التنفيذ على التنفيذ على المال دون الأشخاص — التنفيذ — ط ١٩٧٣ ، ص ٢٦٨ وهامش ٤ .

موضوعية حائزة لحجيـــة الأمر المقضى • وتخضع هذه الأحكام للقاعدة العامة المقررة للطعن فى الأحكام القضائية •

— **الأحكام المستعجلة :** يختص قاضى التنفيـــذ كذلك « بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ ••• الوقتيـــة أيا كانت قيمتها » • ويقضى قاضى التنفيـــذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيـــا للأمور المستعجلة م ٢٧٥ مرافعات ، وهذا النوع من المنازعات هو ما يطلق عليه اشكالات التنفيذ ، وتهدف الى وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتا لحين الفصل فى النزاع الموضوعى المتعلق بالتنفيذ أو بأصل الحق الذى يجرى التنفيذ لاقتضائه[٥٩] • وقد ترفع هذه المنازعات من الحاجز مستهدفا الحكم له بالاســـتمرار فى التنفيذ مؤقتـــا (اذا كان موقوفا بسبب رفع منـــازعة موضوعية فى التنفيذ موقفة له ، أو أشكال موقف للتنفيذ من المدين أو أو الغير) ، قـــد ترفع من المدين مستهدفا وقف التنفيـــذ أو الحكم بالوقف اذا كان الاشكال اشكالا ثانيا لا يوقف التنفيذ • وقد ترفع هذه المنـــازعات من الغير • ومن أهم أمثلة المنازعات الوقتيـــة دعوى عدم الاعتداد بالحجز المنصوص عليها فى المادة ٣٥١ مرافعات • وجدير بالذكر أن هذه المنازعات لا تقبل الا اذا توافرت شروط قبولها المعروفة[٦٠] •

ويقضى قاضى التنفيـــذ فى هذه المنازعات بوصفه قاضيـــا للأمور المستعجلة ، وهذا ما يعنى ضرورة القول بأن قاضى التنفيذ فيها يتقيد

---

(٥٩) وجدى راغب — السابق ص ٢٥٠ . عبد الباسط جميعى — طرق واشكالات التنفيذ فى قانون المرافعات الجديد ســـنة ١٩٧٨ ، ص ١٦٩ • وانظر فى تصر حلول اشكالات التنفيذ على تلك المنازعات الوقتيـــة التى تحصل قبل تمام التنفيذ . ولا يشمل هذا الاصطلاح المنازعات الوقتية التى تثور بعد تمام التنفيذ مثل دعوى عدم الاعتداد بالحجز (محمد على راتب — محمد نصر كامل — محمد فاروق راتب) قضاء الأمور المستعجلة ، جـ ٢ ، ط سابعة ، ١٩٨٥ ، عالم الكتب ، ص ٧٤٨ / ٧٤٩ بند ٣٩٤ •

(٦٠) انظر عرضنا لهذه الشروط مؤلفنا فى مبادىء التنفيذ القضائى — طرق التنفيذ ، ص ١٥٠ وما بعدها ، د. عبد الباسط جميعى — المرجـــع السابق ص ١٧٢ وما بعدها .

بما يتقيــد به قاضى الأمور المستعجلة ، من عدم المســاس بأصل الحق وخلافه • وما يعنى أيضا ضرورة اعتبار ما يصــدره قاضى التنفيذ فى هذه المنازعات من أحكام أحكاما وقتية ، مانحة للحماية القضائية الوقتية، حائزة لحجية الأمر المقضى المانعة من العدول عنها طالما بقيت الظروف على حالهــا • وتقبل هذه الأحــكام للطعن فيهــا بالاستئناف بغض النظر عن قيمتها على النحو المقرر فى الأحكام الوقتية ، وتكون مشمولة بالنفاذ المعجل وبقوة القانون وبغير كفالة كأصل عام الا اذا اشترطتها قاضى التنفيذ •

الغصن الثــانى

الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ

١٧٥ ــ تحــديد :

بعــد أن انتهينا من تحديد الاختصاص النــوعى لقاضى التنفيذ ، يجب علينــا الآن أن نحدد الاختصاص المحلى له • وفى هذا الخصــوص نقتصر على مسألتين ، أولهما القواعد التى تحدد هذا الاختصاص وثانيتهما مدى تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام •

أولا : قواعد الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ

١٧٦ ــ تحديد الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ :

ورد النص على هــذا الاختصاص فى المــادة ٢٧٦ من قانون المرافعات التى تقضى بأن « يكون الاختصاص عند التنفيذ على المنقول لدى المدين ، لمحكمة التنفيذ التى يقع المنقول فى دائرتها ، وفى حجز ما للمدين لدى الغير ، لمحكمة موطن المحجوز لديه • ويكون الاختصاص عند التنفيــذ على العقار للمحكمة التى يقع العقــار فى دائرتها • فاذا تناول التنفيذ عقارات تقع فى دوائر محاكم متعددة كان الاختصاص لاحداها »• يتضح من هذا النص أن المشرع قد وضع ضابطا عاما للاختصاص المحلى لقاضى التنفيــذ ، وهو مكان وجود الأموال المنفذ عليها ، وذلك عملا من

المشرع على تحقيق قرب قاضى التنفيذ من الأموال المنفذ عليها[٦١] وذلك على النحو :

١ — **الحجز المباشر للمنقولات** : ويكون القاضى المختص بالمنازعات المتعلقة بها محليا هو قاضى التنفيذ الذى يقع المنقول فى دائرته (٢٧٦/) ، وثار التساؤل عند ورود الحجز على عدة منقولات توجد فى دوائر محاكم مختلفة ، وذلك بموجب سند تنفيذى واحد ، فهل يختص قاض واحد بنظر جميع المنازعات المتعلقة بأى منقول محجوز عليه ، ولو كان واقعا خارج دائرته ، طالما يقع فى دائرته منقول من المنقولات المنفذ عليها ؟

ذهب رأى[٦٢] الى القـــول بأنه اذا كان الهدف من انشـــاء قاضى

---

(٦١) على ان هذه القاعدة لا يعمل بها الا بعد بدء اجراءات التنفيذ اما قبل ذلك فان المنازعات التى تثور قبل الحجز ترفع الى قاضى التنفيذ الذى يقع موطن المدين فى دائرة اختصاصه عملا بالقاعدة العامة الواردة فى المادة ١/٤٩ او حصول الاجراء فى دائرتها ١/٥٩ (عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٥٣ ، وجدى راغب ص ٢٥٥ — ٢٥٦ وعبـــد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٦١ بند ٦٧ . فتحى والى ، ص ١٥٠ . عابدين الجزئية ١٩٧١/٦/٩ رقم ١٩٧٠/١٩٦٩ تنفيـــذ — مدونة التشريع والقضاء — عبد المنعم حسنى ١٩٨٣/١/٢٠ ، عزمى عبد الفتاح ، رسالة ، ص ٣٤٩) .

(٦٢) فتحى والى — طبعة ٧١ ص ١٢٤ . على ان هناك محاولات اخرى عديدة تهدف كلها الى جمع شتات مسائل التنفيذ فى يد قاض واحد ، ولو تعددت الأموال المحجوز عليها ووجدت فى اكثر من دائرة محكمة . فذهب راى الى القول بأن الاختصاص المحلى يتحدد على اساس موطن المحجوز عليه فحسب (أمينة النمر ، التنفيذ سنة ١٩٧١ بند ١٧ ص ٢٥ — ٢٦) . ولكن هذا الراى يتعارض مع صراحة نص المادة ٢٧٦ . ويذهب رأى آخر الى جمع منازعات التنفيذ أمام قاض واحد من قضاة التنفيذ اذا وجد ارتباط بينهـــا (راتب ونصر كامل راتب — جزء ٢ ص ٧٧٧ بند ٤٠٤) . بينما يذهب راى الى القول بأن تعدد المنقولات مثل تعدد العقارات ومن ثم يكون الاختصـــاص لاحدى المحاكم التى تقع المنقولات فى دائرتها (ابو الوفا — قاضى التنفيذ — مجلة ادارة قضايا الحكومة المشـــار اليها ص ٧٠٦ واجراءات التنفيـــذ ص ٣٧٥ — ٣٧٦) .

التنفيذ هو تجميع شتات مسائل التنفيذ فى يد قاض واحد ، فانه ينبغى القول بأن طلب التنفيذ الأول الواقع على منقول من المنقولات المتعلقة بهذا المنقول ؛ وبتلك المنازعات المتعلقة بالمنقولات التى يتم الحجز عليها بعد ذلك ، ولو وقعت هذه المنقولات خارج دائرة اختصاصه المكانى .

وله أن يستنيب لذلك قضاة التنفيذ الآخرين . أسوة بما هو متبع فى التشريعات التى تأخذ بنظام قاضى التنفيذ .

بينما ذهب رأى آخر بالرغم من استحسانه للرأى المتقدم ، الى القول بأن النصوص القانونية لا تساعد عليه ، ويذهبون لذلك الى القول بأنه لا مناص من القول بأنه تختص كل محكمة بالتنفيذ الذى يجرى فى دائرتها ، اعمالا لحكمة المشرع من تنظيم قاضى التنفيذ وحرصه على عقد الاختصاص لأقرب المحاكم الى مكان الأموال المنفذ عليها . وهنا نكون أمام تعدد فى الحجوز ولو حصلت بمقتضى سند واحد . والعبرة بربط التنفيذ بقاض معين ليست بوحدة السند التنفيذى بل بوحدة الاجراء المتخذ بمقتضاه ، ولكل اجراء استقلاله ومنازعاته ولكل اجراء قاضيه[٦٣] .

٢ — الحجز غير المباشر للمنقولات (تحت يد غير المدين) :

يكون الاختصاص عند التنفيذ بحجز ما للمدين لدى الغير لمحكمة موطن المحجوز لديه (٢٧٦/١) وذلك نظرا لأنه فى الغالب الأعم توجد الأموال المراد التنفيذ عليها (حقوقا كانت أم منقولات) فى موطن المحجوز لديه . ويكون قاضى التنفيذ المختص هو محكمة موطن المحجوز لديه حتى ولو وجدت المنقولات خارج هذا الموطن أى خارج دائرة

---

(٦٣) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المبادىء العامة ، سنة ١٩٧٨ ص ٥٦ . وجدى راغب ، المرجع السابق ص ٢٥٥ . راتب ونصر كامل راتب ج ٢ ، بند ٤٠٤ ، ص ٧٧٥ وهامش ٣ محمد عبد الخالق عمر ص ٥٤ بند ٦١ .

اختصـــاص محكمة المحجوز لديه[٦٤] • وفى حالة تعدد المحجوز لديهم ، تتعدد المحاكم المختصة اذا كانوا يتبعون محاكم مختلفة بالرغم من وحدة الدين[٦٥] • ولقد ثار الخلاف حول المحكمة المختصة باصدار الاذن بتوقيع الحجز ، اذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى ، أو كان الدين غير محدد المقدار ، على اعتبـــار أن المشرع لم يحدد المحكمة المختصـــة مطيا به • فذهب البعض[٦٦] الى أنهـــا محكمة المحجوز عليـــه ، لأن المحجوز لديه لا شأن له بهذه الخصومة ولا يعد طرفا فيها • وذهب رأى آخر الى أن المحكمة المختصة باصدار الاذن فى هذه الحالة هى محكمة المحجوز لديه ، لأن سكوت المشرع عن تحـــديد المحكمة المختصـــة لا يعنى الاحالة الى القواعد العامة وانما نظرا لوضوح ارادة المشرع فى عقد اختصاص محكمة المحجوز لديه ، فتكون هى المختصة[٦٧] •

والرأى الأول فى نظـــرنا هو الأولى بالاتبـــاع • وذلك لأن الأمر المرخص بالحجز انما هو أمر على عريضة ، ومن ثم وجب اخضاعه للنظام القانونى للأوامر على العرائض من حيث المحكمة المختصة بنظر التظلم منه ، كما أن القانون الســـابق قد حدد فى المادة ٥٤٥ منه بأن القاضى المختص هو قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التابع لها موطن المدين • فضلا عن أن العريضة توجه الى المدين ، ولا يختصم فيها المحجوز لديه ؛ واذا كان المشرع قد وضع القاعدة العامة فى الاختصاص لمحكمة موطن المحجوز لديه ، فانه لم يمنعه من عقد الاختصاص لمحكمة موطن المحجوز عليـــه ، كالمادة ٣٣٥ التى تجعل من محكمة المحجوز عليه هى المختصة بنظر دعوى رفع الحجز ، والمـــادة ٣٣٣ التى تجعل من هذه المحـــكمة هى المختصة بدعوى ثبوت الحق وصحة الاجراءات • وفى خصوص الحالة محل البحث،

---

(٦٤) عبد الخالق عمر — ص ٥٧ . عزمى عبد الفتاح — رســـالة ص ٣٦٥ . احمد ابو الوفا — البحث المشار اليه ص ٧٠٧ .

(٦٥) عبد الخالق عمر — السابق ، ص ٥٨ — فتحى والى ص ١٤٨ .

(٦٦) احمد ابو الوفا — اجراءات ص ٣٧٨ .

(٦٧) عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٥٨ . رمزى سيف ص ٢٨٩ — بند ٢٨٨ — فتحى والى ص ١٥٠ . امينة النمر ص ٣٦٦ بند ٣٩٩ .

فان المحكمة المختصة محليــا باصدار هذا الاذن هى اما محكمة موطن المحجوز لديه عمــلا بالمادة ١/٢٧٦ ، واما محكمة موطن المحجوز عليه عملا بالقواعد العامة فى هذا الشــأن . والخيار يكون للدائن الحاجز فى هذه الحالة(٦٨) .

٣ ـ الحجز العقارى : يكون الاختصاص فى التنفيذ على العقار الى محكمة التنفيذ التى يقع فى دائرتها العقار . فاذا تناول التنفيذ عقارات تقع فى دوائر محاكم متعــددة كان الاختصاص لاحــداها (م ٢/٢٧٦) واختصــاص محكمة موقع العقار ، يعــد قاعدة عامة ، استقرت عليها التشريعات المعــاصرة لأن الفصل فى المنازعات المتعلقــة به . قد يقتضى الانتقال للمعاينة ، فيجب اذن أن تكون المحكمة التى تفصل فيها قريبة من موقع العقــار محل النزاع . فاذا كان الدائن قــد حجز على عقار واحد لمدينه ، فان المحكمة المختصة هى محكمة موقع هذا العقار . أما اذا أراد الدائن أن يحجز على عقار آخر ، نظرا لعدم كفاية العقار الأول للوفاء بمطلوب الحاجز ، وكان هــذا العقار يقع فى دائرة اختصــاص محكمة أخــرى . ففى هذه الحالة يكون الخيــار للدائن فى أن يتقدم بأوراقه الى أى من هاتين المحكمتين . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٧٦ / ٢ ، وذلك توحيــدا وتجميعا لشتات مسائل التنفيــذ العقارى فى يد قاضى واحــد . على أن ذلك لا يمنع من تعدد الحجوز باختــلاف تعدد العقــارات المحجوزة ، مع اختــلاف مواقعها . فالأمر متروك للدائن ، فله أن يتقدم بسنــده التنفيذى للحجز على عقار لمدينــه للمحــكمة التى يقع فى دائرتها هذا العقــار ، وله ان أراد أن يحجز

---

(٦٨) انظر د. محمود هاشم ـ مبادىء التنفيذ القضائى ـ طرق التنفيذ ـ ٧٩ ـ ١٩٨٠ ـ ص ٣٤ ـ ٣٥ .

على عقار آخر لمدينه يقع فى دائرة اختصاص محكمة أخرى ، أن يتقدم بسنده التنفيذى اما الى المحكمة الأولى أو الثانية[٦٩] .

وتطبق القاعدة المتقدمة على جميع منازعات التنفيذ المتعلقة بالعقار موضوعية كانت أم وقتية ، ولهذا لا نذهب مع من ذهب[٧٠] الى اجراء التفرقة فى هذا الصدد بين المنازعات الموضوعية والمنازعات الوقتيــة . اذ أنهم يرون أن المنازعات الموضوعية المتعلقة بعقار ترفع الى محكمة موقع العقــار المحجوز ان كان واحــدا ، وترفع أمام محكمة أى من العقارات المحجوزة ولو لم تكن هى محكمة موقع العقار محل المنازعة (م ٢/٢٧٦) . أما اذا كانت المنازعة وقتيــة أى مستعجلة ، فيجب رفعها أمام محكمة موقع العقار محل المنازعة . ولا يجوز رفعها الى محكمة أخرى ولو كانت محكمة موقع أحد العقارات المنفذ عليها ، وذلك اعمــالا لنص المادة ١/٥٩ من قانون المرافعــات التى تنص على أنه « فى المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يجرى فى دائرتها التنفيذ » . فنص الفقرة الثانيــة من المادة ٥٩ لم يأت بجديد فى الاختصــاص المحلى لقاضى التنفيذ المنصوص عليه فى المادة ٢٧٦ وهو عقد الاختصاص للمحكمة التى يجرى التنفيذ فى دائرتها[٧١] .

٤ — **الحجز التحفظى** : وفقا للتنظيــم القانونى للحجز التحفظى فى التشريع المصرى ، نجــد أن هذا الحجز لا يرد الا على المنقــولات

---

(٦٩) احمد ابو الوفا — قاضى التنفيذ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٨ ، العدد الثالث ص ٧٠٧ . عزمى عبد الفتاح الرسالة ص ٣٥٨ — ٣٥٩ عكس ذلك محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ سنة ١٩٧٧ ص ٥٥ .

(٧٠) راتب ونصر كامل راتب ، الجزء الثانى ص ٧٧٧ — ٧٧٩ ، بند ٤٠٢ .

(٧١) محمد عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٥٦ ، ٥٧ بند ٦٢ . عزمى عبد الفتاح — رسالة ص ٣٥٤ — ٣٥٥ . امينة النمر — بند ١٧ ص ٢٠ .

سواء كانت فى حيازة المدين أو فى حـيازة الغير ، وكذلك على الحقوق الشخصية لدى الغير ، ولا يرد الحجز التحفظى على العقارات[٧٢] . ولكن المشرع لم يحدد مع ذلك قاضى التنفيـذ المختص محليا ، بالأمر بتوقيع الحجز التحفظى على المنقولات لدى المدين . وبرغم ذلك فلم يشك أحد فى أن القاضى المختص محليا باعطاء الاذن هو قاضى التنفيذ الذى يقع المنقول فى دائرته قياسـا على الحجز التنفيـذى والقاعدة العـامة فى الاختصاص المحلى ، وهو عقد الاختصـاص لقاضى موقع المـال[٧٣] .

٥ ــ التنفيذ المبـاشر : يذهب جانب من الفقهاء[٧٤] ، وبحق ، الى اختصاص قاضى التنفيذ الذى يقع المال المنفذ عليه فى دائرته ، تنفيذا مبـاشرا ، وذلك أخذا بالقاعدة العامة فى الاختصـاص المحلى لقاضى التنفيذ ، كما أنه يكون أقدر من غيره على الفصـل فيما يثور بشأنه من منازعات .

ثانيا : الاختصـاص المحلى والنظام العام

١٧٧ ــ اختلف الفقهـاء فيما بينهم فى شأن تعلق الاختصـاص المحلى لقاضى التنفيذ بالنظام العام ، أو عدم تعلقه به ، وانقسموا الى ثلاثة اتجاهات :

الأول : تعلق الاختصاص المحلى بالنظام العام :

يذهب أنصـار هذا الاتجاه الى القول بأنه اذا كانت القـاعدة هى أن قواعـد الاختصاص المحلى ليست من النظام العـام ، فانه

---

(٧٢) خلافا للقانون الايطالى ، والذى أجاز توقيع الحجز التحفظى على العقار لتوافر علة توقيعه فى كل أنواع الأموال ، عقارية كانت أم منقولة ، وهى خشية تهريبها ماديا باخفائها ، أو قانونيا بالتصرف فيها . انظر محمود هاشم . مبادىء التنفيذ القضائى ، طرق التنفيذ ١٩٨٠/٧٩ ، ص ٨٤ .

(٧٣) أحمد أبو الوفا . التعليق جـ ٢ ص ٦٠٥ ، اجراءات ص ٣٧٨ . محمد عبد الخالق عمر ص ٥٩ . عزمى عبد الفتاح ــ رسالة ص ٣٥١/٣٥٠ .

(٧٤) راتب ونصر الدين كامل ــ الجزء الثانى ، ٤٥ ــ ٤٦ .

ينبغى على العكس ، اعتبار اختصاص قاضى التنفيذ الذى يجرى التنفيذ فى دائرته وبالتالى تحت اشرافه ، بكافة منازعات التنفيــذ من النظام العام[٧٥] . ويدلل أنصار هذا الرأى على صحة ما ذهبوا اليه بأن هذا الاختصاص لم يتقرر لمصلحة المدعى عليه ، وانما هو مقرر لحسن سير القضاء فى اجراءات التنفيذ[٧٦] . كما أن هذا الاختصاص يرتبط بوظيفة المحكمة بالنسبة لقضية معينة ، وهذا ماأراده المشرع من عقد الاختصاص بالحكم فى المنازعات المتعلقة بالمال المنفذ عليــه ، للمحكمة نفسها التى يجرى التنفيذ تحت اشرافها[٧٧] ومن ناحية ثالثة فان الاختصاص المحلى يندمج فى الاختصاص الوظيفى ، ويأخذ حكمه تماما . كمايعد الاختصاص المحلى لمحكمة الطعن من النظام العام ، واختصاص المحكمة التى أصدرت الحكم بتفسيره،والمحكمة التى قضت بالافلاس فى المسائل المتعلقة به[٧٨] . وخلص أنصار هذا الرأى الى تطبيق كافة القواعد التى تترتب على اعتبار الاختصاص من النظام العام ، على الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ ، فلا يجوز الاتفــاق على ما يخالفه[٧٩] ، ويمكن الدفع به من جانب أى

---

(٧٥) وجدى راغب ، النظرية العامة للتنفيذ القضائى ص ٢٥٦ ، فتحى والى — التنفيذ — طبعة ٧١ ص ٥٤١ بند ٣٤١ . محمد عبد الخالق عمر — مبادىء التنفيذ سنة ١٩٧١ ص ٥٠ بند ٥٨ . امينة النمر — التنفيذ ، سنة ١٩٧١ ص ١٧ — ٢٨ بند ١٨ .

(٧٦) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٢٥٦ — امينة النمر ص ٢٧ .

(٧٧) فتحى والى ، بند ٣٤١ . وجدى راغب — الاشارة السابقة .

(٧٨) وجدى راغب . الاشارة السابقة . ويلاحظ ان هذا الاختصاص هو ما يطلق عليه الفقه الايطالى Competenza Funzionale اى الاختصاص المتعلق بالوظيفة (انظر مذكراتنا فى النظام القضائى وقواعد الاختصاص فى قانون المرافعات على الآلة الناسخة سنة ١٩٧٦ ص ١٤٥ — ١٤٧) وانظر فى فكرة هذا الاختصاص كيوفندا ، مبادىء ص ٥١٥ وما بعدها ، كوستا — المرافعات ص ١٤٤ وما بعدها ، زانزوكى ص ١٨١ وما بعدها .

(٧٩) راتب ونصر كامل وفاروق راتب بند ٤٠٥ ص ٧٧٩ وما بعدها ، قارن ابو الوفا الذى يقرر عدم جواز الاتفاق مقدما على ما يخالف الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ (اجراءات ، ص ٣٧٨ ، بند ١٥٩) .

من الخصوم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وعلى المحكمة أن تقضى به ومن تلقاء نفسها[٨٠] .

الثـانى : عدم تعلق الاختصاص المحلى بالنظام العـام : يذهب أنصار هذا الاتجاه[٨١] الى القول بأن الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ انما قد تحدد طبقا للقاعدة العامة ، ولم يأت المشرع فيه بأى استثناء مقصـود به حماية أى طرف من أطراف التنفيـذ ، ضعيفا كان أم غير ضعيف . وبما أنه لم يأت على خلاف القاعدة العامة المنصـوص عليها فى المادة ٤٩ من قانون المرافعات ، فان الاختصـاص لا يتعلق بالنظام العام . ويترتب على هذا أن القاضى لا يحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه ولايثار الدفع به الا من الخصم صاحب المصلحة فى التمسك به ويجب اثارة الدفع به ، باعتباره دفعا اجرائيا ، قبل الكلام فى الموضوع، وقبل ابداء الدفع بعدم القبول . وقد وصل أنصار هذا الرأى الى هذه النتائج بعدما انتقدوا أدلة الرأى الأول[٨٢] .

الثالث : تعلق الاختصاص المحلى بالنظام العام فى حالة معينة :

يذهب البعض[٨٣] الى القول بأن الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ يكون متعلقا بالنظام العام فى الحالات التى يكون فيها قد تحدد قاضى التنفيذ الذى يشرف عليه . فاذا لم يكن قد تحدد قاض للاشراف على التنفيذ ، فيجوز الاتفاق اذن على منح الاختصـاص لقاضى آخر من قضاة التنفيذ .

---

(٨٠) فتحى والى ص ٥٤١ وهامش ٣ . عبد الخالق عمر ص ٥٢ بند ٥٨ .

(٨١) عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السـابق ص ٥٤ — ٥٥ . احمد أبو الوفا ، قاضى التنفيذ — مقال ص ٧٠٨ . اجراءات سنة ١٩٧٦ ص ٣٧٩ . ط ٨ ، بند ١٥٩ ص ٣٧٨/٣٧٧ . راتب ونصر كامل ، جـ ٢ بند ٤٠٥ ص ٧٧٩ — ٧٨١ .

(٨٢) راجع هذه الانتقادات . عزمى عبد الفتاح — رسالة ٣٦٩ — ٣٧١ .

(٨٣) أمينة النمر ، رقم ١٨ ص ٢٧ — ٢٨ .

الا أن هذا الرأى ، يفتقر الى الأساس القانونى الذى يقوم عليه، كما أنه يؤدى الى صعوبات عملية فى تحديد اللحظة التى تم فيها تحديد قاض للاشراف على التنفيـذ • فلا يجوز بعد ذلك الاتفاق على عقد الاختصاص به لقاض آخر • فضلا عن أنه لا يجوز التسليم بأن الدفع الاجرائى « بعدم الاختصـاص المحلى » يتعلق بالنظام العام تارة ، ولا يتعلق به تارة أخرى بناء على أمر يصعب تحديده[٨٤] •

رأينا الخاص :

وبعد أن استعرضنا الاتجاهات الثلاثة حول مدى تعلق الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ بالنظام العام ، وجب علينا أن نبين رأينا فى هذا الموضوع ، والذى نراه صحيحا ، ومتفقا مع الحكمة التشريعية المنشئة لقاضى التنفيذ ، هو ماذهب اليه الرأى الأول من اعتبار قواعدالاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ متعلقة بالنظام العام ، نظرا لمتانة الأساس القانونى الذى قام عليـه هذا الرأى وهو أن قواعد الاختصـاص المحلى لقاضى التنفيـذ الواردة فى المادة ٢٧٦ قد جاءت على خلاف القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى المنصوص عليها فى المادة ٤٩ ، والتى تعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليـه ، أى أن اختصاص قاضى التنفيـذ يتحدد بموقع المال المنفذ عليـه كقاعدة عامة • منقولا كان أم عقارا ، مراعاة لحسن سير اجراءات التنفيذ ، وليستمراعاة لضعف الخصم أو غير ذلك من الاعتبارات التى تبنى عليها القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى • وانما بنى الاختصـاص المحلى لقاضى التنفيذ على أساس موقع المال المنفذ عليـه ، بحيث يكون قاضى هذا الموقع هو أجـدر من غيره على الفصل فى المنازعات المثارة بشأن هذا المال • وعليه فان هذا الاختصاص يتعلق بلا شك بالنظام العام ، ويترتب عليـه كل ما يترتب على اعتبار قواعد الاختصاص متعلقة بالنظام العام من نتائج •

---

(٨٤) عبد الخالق عمر — بند ٥٨ ص ٥١ — ونقد عزمى عبد الفتاح ص ٣٧٢ •

المطلب الثـــالث

الطعن فى الأعمال الصـــادرة عن قاضى التنفيـــذ

١٧٨ — تحـــديد :

تتعدد الأعمال الصادرة عن قاضى التنفيذ ، بتعدد وظائفه ، فهناك أعماله الادارية التى تصدر بمقتضى سلطته الادارية • وهناك الأعمال الولائية التى تصـــدر منه بموجب السلطة الولائية ، وهنـــاك الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق التى تصدر بموجب سلطة القضاء الثابتة له فى مجال منازعات التنفيـــذ • ومن الطبيعى ، مع اختلاف وتبـــاين الأعمال الصادرة عن قاضى التنفيذ فى طبيعتها القانونية ، أن يحدد المشرع طرق الطعن المناسبـــة لكل عمل من هـــذه الأعمال ، وهذا ما نبينـــه فى هذا المطلب •

١٧٩ — أولا : الأعمال الادارية : تعد الأعمال والقرارات الصادرة من قاضى التنفيذ — بموجب سلطته الادارية فى مجال التنفيذ والاشراف عليه ، ورقابة القائمين عليه — قرارات ادارية ، وهذه لا تخضع لنظام خاص بها • فهى لا تكون محلا لطعن قضـــائى من بين الطرق المحـــددة للطعن فى الأحكام القضائية ، ولا حتى للتظلم منها بالطريق ذاته المقرر للتظلم من الأوامر على العرائض[٨٥] وعلى ذلك فيكون للقاضى ذاته الرجوع عما أصدره من قرارات ادارية ، أو التعديل فيها ، دون التقيد بشكليات معينة ، أو طرق محددة •

١٨٠ — ثانيا : الأعمال الولائيـــة : لما كانت القـــرارات والأوامر الصـــادرة من قاضى التنفيذ بموجب سلطته الولائيـــة تعد أوامر على عرائض ، فانها ولا شـــك تخضع للنظام القـــانونى المقرر للاوامر على العرائض ، ومنها قابلية تلك الأوامر للتظلم منها وفقا للقواعد والنصوص

---

(٨٥) محمد عبد الخالق عمر : ص ٦١ بند ٦٨ . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى ص ٧٧ ، بند ٢١ ، سوليس وبيرو ، ج ١ ، بند ٤٩٥ .

عليه فى المواد ١٩٧ ــ ١٩٩ من قانون المرافعات وهذه القواعد العامة تقضى بجواز رفع التظلم من الأمر بواسطة الصادر ضده الأمر اما الى القاضى الآمر نفسه ، واما الى المحكمة المختصة ، على أنه لا يستطيع أن يجمع بين الطريقين ، وتجيز أيضا لطالب الأمر بالتظلم منه الى المحكمة المختصة ، أى المحكمة التى يتبعها القاضى الذى أصدر الأمر .

وفى خصوص الأوامر الصادرة على العرائض من قاضى التنفيذ ، فيرفع التظلم منها أمام القاضى الآمر نفسه وهو قاضى التنفيذ ، أو يرفع اليه أيضا باعتباره المحكمة المختصة بموضوع النزاع ، باعتبار أن قاضى التنفيذ هو صاحب الولاية العامة فى هذا الخصوص[٨٦] الا اذا نص المشرع على خلاف ذلك . فاذا كان المشرع قد أعطى الاختصاص بمنازعة من منازعات التنفيذ لمحكمة أخرى خلاف قاضى التنفيذ ، فيكون للخصم فى هذه الحالة أن يرفع تظلمه اما الى قاضى التنفيذ الذى أصدر الأمر ، واما أمام المحكمة المختصة بنظر المنازعة ، كما هو الشأن بالنسبة لدعوى صحة الحجز . ومتى صدر حكم فى خصومة التظلم ، اما بتأييد الأمر أو تعديله أو الغائه ، فان هذا الحكم يعد حكما قضائيا بالمعنى الدقيق ، فاصلا فى خصومة قضائية[٨٧] ، ومن ثم يكون قابلا للطعن فيه ، وفقا للقواعد العامة للطعن فى الأحكام القضائية (١٩٩/٢) ولذلك

---

(٨٦) وجدى راغب ص ٢٥٦ . عبد الخالق عمر ص ٦٤ بند ٧٣ . عكس ذلك عبد الباسط جميعى ــ المبادىء العامة فى التنفيذ ص ٥١ ، والذى يرى انه يجوز رفع التظلم امام نفس قاضى التنفيذ الذى اصدر الأمر ، او امام المحكمة (الجزئية) التى يتبعها . وهذا القول بلا شك محل نظر . ذلك لان قاضى التنفيذ كما راينا بذاته هو محكمة جزئية قائمة بذاتها (م ٢٧٤) .

(٨٧) احمد مسلم ــ اصول المرافعات ، ص ٦٤٢ بند ٦٠٨ . احمد ابو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية عشرة ، ص ٦٩١ بند ٥٦٧ . محمد حامد فهمى ــ تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية ــ الطبعة الثالثة ١٩٥٢ ص ٢١٧ وهامش (٢) محمد وعبد الوهاب العشماوى ــ قواعد المرافعات سنة ١٩٥٧ ، الجزء الاول ص ٢٣٩ ــ ص ٢٤٠ بند ٢٠٦ د. عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٥٠ ص ٥٠٣ بند ٣٥٩ .

يكون قابلا للطعن فيــه بالاستئناف فى جميع الأحوال باعتبــاره حكما وقتيا[٨٨] (م ٢٢٠ مرافعات) •

١٨١ — **ثالثا : الأعمال القضائية** : ورأينا أن قاضى التنفيذ يصدر نوعين من الأحكام ، الأحكام الموضوعيــة الفاصلة فى منازعات التنفيــذ الموضوعية ، والأحكام الوقتية الفاصلة فى منازعات التنفيذ الوقتية •

(ا) **الطعن فى الأحكام الوقتية** : نظرا لأن قاضى التنفيذ يختص بالفصل فى جميع المنــازعات الوقتية باعتباره قاضيــا للأمور المستعجلة (٢/٢٧٥) • فان ما يصدره فى خصوص هذه المنازعات ، تعتبر أحكاما وقتيــة ، تطبق عليها القواعد العامة التى تحكم هذا النوع من الأحكام من حيث قابليتهــا للطعن فيها وتنفيــذها • وعلى ذلك تكون الأحكام الوقتية الصادرة من قاضى التنفيذ ، قابلة للطعن فيها بالاستئناف بغض النظر عن قيمتها (م ٢٢٠ مرافعات) • أمام المحكمة الابتدائية المختصة (م٢/٢٧٧) ولو زادت قيمتها على خمسمائة جنيه•وفى ميعاد استئناف الأحكام الوقتية وهو خمسة عشر يوما من تاريخ صدور الحكم الوقتى ولا تقبل الأحكام الوقتية الصادرة من قاضى التنفيذ للطعن فيها بطريق النقض كقاعدة عامة ، اعتبارا بأن الأحكام التى تقبل الطعن فيها بالنقض هى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف وحدها[٨٩] •

ويذهب البعض[٩٠] الى التفــرقة بين الطلب الوقتى والطلب المستعجل ويرون أن الحكم الوقتى لا يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف فى جميع الأحوال (أى ولو كان داخلا فى الاختصاص النهائى للقاضى) الا اذا كان صادرا فى حالة الاستعجال ، فان لم تتوافر فيه هذه الحالة

---

(٨٨) احمد ابو الوفا — اجراءات التنفيــذ ص ١٢٥ • المرافعــات المدنية ، الاشارة السابقة — محمد حامد فهمى — الاشارة السابقة • عبد المنعم الشرقاوى ، الاشارة السابقة • عزمى عبد الفتاح ، رسالة ص ٥٧٦ •

(٨٩) راتب — كامل — راتب ، ج ٢ ، بند ٤٠٦ ، ص ٧٨٢ — ٧٨٣ •

(٩٠) امينة النمر ، مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة ، بند ٧ ص ٢٣ •

فلا يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف الا تطبيقا للقواعد العامة مثل الحكم الصادر بوقف التنفيذ بالرغم من رفع دعوى الاسترداد . الا أن هذه التفرقة لا محل لها ، فلا فرق بين الحكم الوقتى والحكم المستعجل فلهما نفس المعنى فى علم القانون[٩١] ، ويدخلان فى اختصاص قاض واحد هو قاضى الأمور المستعجلة . أو قاضى التنفيذ أو محكمة الموضوع بصفتهما قضاة للأمور المستعجلة[٩٢] وتطبق بشأنهما قواعد واحدة من حيث الاختصاص بها واجراءات المطالبة بها واجراءات نظرها واستصدارها وقابليتها للطعن فيها بالاستئناف فى جميع الأحوال ، وشمولها بالنفاذ المعجل بقوة القانون وبغير كفالة . ولهذا جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٧ مرافعات مؤكدة ذلك بقولها : « وتستأنف أحكامه (أحكام قاضى التنفيذ) فى المنازعات الوقتية الى المحكمة الابتدائية »[٩٣] .

(ب) **الطعن فى الأحكام الموضوعية** : يختص قاضى التنفيذ دون غيره — فى الحدود التى أوضحناها فيما سبق — بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية بغض النظر عن قيمتها (م ١٧٥) ويصدر القاضى فيها أحكاما موضوعية بالمعنى الفنى محققا الحماية الموضوعية . واذا كان المشرع لم يعن بقيمة المنازعة لتقرير الاختصاص بها ، فهى جميعا تدخل فى اختصاص قاضى التنفيذ ، وهو محكمة جزئية ، كما رأيناه الا أنه مع ذلك ، قد وضع فى اعتباره القيمة الاقتصادية للمنازعة عند وضعه للقاعدة العامة المقررة للطعن فى هذه الأحكام . فنصت المادة

---

(٩١) عبد الخالق عمر — المرجع السابق ص ٦٢ بند ٧١ .

(٩٢) قارن — عزمى عبد الفتاح — رسالة ص ٥٧٨ — ٥٧٩ .

(٩٣) وقد اكدت محكمة النقض هذا فى العديد من احكامها . فطلب المحجوز عليه الحكم بصفة مستعجلة بتقدير مبلغ وايداعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء بمطلوب الحاجز ، منازعة وقتية واستئناف الحكم الصادر فيها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية (نقض ١٩٧٨/١٢/٢٨ فى الطعن ٦٧٠ لسنة ٤٢) ، وراجع ايضا نقض ١٩٧٨/٣/٢ فى الطعن رقم ٤١١ لسنة ٤٤ق ، ١٩٧٨/٤/١٣ فى الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٥ ق .

٢٧٧/ على أن « تستأنف أحكام قاضى التنفيذ فى المنازعات الموضوعية الى المحكمة الابتدائية اذا زادت قيمة النزاع على خمسين جنيها ولم تجاوز خمسمائة جنيها ، والى محكمة الاستئناف اذا زادت عن ذلك» .
من هذا النص يتضح ما يأتى :

— الحكم النهائى : وهو ذلك الحكم الصادر فى الاختصاص النهائى للقاضى الجزئى ، فلا يكون الحكم قابلا للطعن فيه بالاستئناف اذا لم تزد قيمة المنازعة على خمسين جنيها[٩٤] .

— الحكم الابتدائى ويكون الحكم ابتدائيا اذا كان صادرا فى الاختصاص الابتدائى للقاضى الجزئى ، أى اذا كان صادرا فى أزيد من خمسين جنيها ، فيكون الحكم ابتدائيا ، أى قابلا للطعن فيه بالاستئناف . ولما كان قاضى التنفيذ قاضيا جزئيا ، فكان من الطبيعى أن تستأنف أحكامه الابتدائية كلها أمام المحكمة الابتدائية تطبيقا القواعد العامة . الا أن المشرع قد خرج على ذلك ، وفرق بين ما اذا كان الحكم صادرا فى منازعة لا تزيد فى قيمتها على خمسمائة جنيه ، أو صادرا فى أزيد من ذلك . فان كانت الأولى فان الحكم يستأنف أمام المحكمة الابتدائية ، وان كانت الثانية فان الحكم يستأنف أمام محكمة الاستئناف المختصة مباشرة . وهذا ما يؤدى الى الطعن فى أحكام قاضى التنفيذ بطريق النقض[٩٥] وحتى تتاح الفرصة لارساء وتوحيد القواعد والمبادىء المتعلقة بها[٩٦] .

---

(٩٤) الا اذا نص المشرع على استئنافه استثناء . كما لو كان صادرا بصفة انتهائية ، باطلا ، اما لوقوع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات اثر فى الحكم بالتطبيق لحكم المادة ٢١١ مرافعات . عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٥٢ .

(٩٥) رمزى سيف — المرجع السابق ص ٢٠٨ — بند ١٠٠ . وانظر فى نقد ذلك عبد الباسط جميعى — محمود هاشم ، ص ٥٢ — ٥٣ . قارن عزمى عبد الفتاح ص ٥٨٤ . وانظر نقض ١٩٨٠/١١/١٩ طعن ٨١ لسنة ٤٨ ق .

(٩٦) راجع المذكرة الايضاحية للقانون الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وجدى راغب — المرجع السابق ص ٢٥٧ .

ويلاحظ أن ميعاد الاستئناف فى هـذه الحالات هو الميعاد العادى المقرر للطعن فى الأحكام الموضوعية وهو أربعون يوما . تبدأ كقاعدة من تاريخ صدور الحكم .

المبحث الثـانى

الجهـاز المعاون لقاضى التنفيـذ

المحضرون وغيرهم

١٨٢ ــ تمهيـد :

رأينا فيما سبق أن قاضى التنفيذ وحده ، لا يستطيع القيام بكافة اجراءات التنفيذ ، اقتضاء للحق الثابت فى السند التنفيذى ، وانما لابد له من جهاز معـاون له فى القيام بهذه المهمة ، يعمـل تحت اشرافه ، ويقوم هو بتوجيهه ورقابتـه ، ويتمثل هذا الجهاز المعـاون فى جهاز المحضرين[٩٧] . وتنص المادة ٢٧٤ صراحة على ذلك بقولهـا « يجرى التنفيذ تحت اشراف قاض للتنفيذ ... **ويعاونه فى ذلك عدد كاف من المحضرين** » وتنص المادة ٢٧٩/١ على أن : « يجرى التنفيذ بواسطة المحضرين وهم ملزمون باجرائه بناء على طلب ذى الشأن متى سلمهم السند التنفيذى » . على أن المحضرين لا يستأثرون بهذه المهمة فقد يعاون قاضى التنفيذ أشخاص آخرون من غير المحضرين .

١٨٣ ــ أولا : دور المحضر فى التنفيذ :

المحضر موظف عام ، يعمـل فى خدمة القضاء ويشـترك فى تكوين الجهاز الادارى للمحكمة . والمحضرون يتولون فى المسائل المدنية اعلان

---

(٩٧) والأخذ بنظام قاضى التنفيـذ مع الاحتفاظ بنظـام المحضرين ، لا غضاضة فيه ولا تعارض أو تناقض فى ذلك ، فالمحضر ما هو الا معـاونا للقاضى فى اتخاذ اجراءات التنفيذ ، يعمل تحت اشرافه ورعايته . انظر نقلا عن عبد الباسط جميعى ــ المبادىء ، ص ٤٥ .

الأوراق القضائية كافة بصفة رسمية ، وهم الذين يقومون بتنفيذ الأحكام القضائية ونحوها على المحكوم عليهم[٩٨] ، فالمحضر — كما قيل بحق — فى خصوص التنفيذ هو عامل التنفيذ سواء كان تنفيذا مباشرا أو كان تنفيذا غير مباشر أو بالحجز ونزع الملكية[٩٩] • ويقوم المحضر بهذه الوظيفة ، مثله فى ذلك مثل القاضى باعتباره ممثلا للسلطة العامة فى خصومة التنفيذ[١٠٠] • ولكن المحضر ، مثله فى ذلك أيضا مثل القاضى ، لا يباشر نشاطه تلقائيا • وانما بناء على طلب ذوى الشأن (م٢٧٩) • فالتنفيذ يتم بواسطة المحضرين بناء على طلب من بيده السند التنفيذى، وهذا يقتضى أن يتقدم طالب التنفيذ بطلبه مباشرة الى المحضرين ، لا الى قاضى التنفيذ • وان امتنع المحضر عن القيام بالتنفيذ كان لصاحب الحق أن يرفع أمره بعريضة الى قاضى التنفيذ (٢/٢٧٩) • ويعطى المشرع للمحضرين سلطة القيام — فى حدود القانون — بعملهم بالطريقة التى يروها مناسبة • دون الرجوع المسبق الى قاضى التنفيذ • فاذا صادف المحضر مقاومة أو تعديا عليه وجب عليه اتخاذ جميع الوسائل التحفظية ، وله أن يطلب معونة السلطات العامة والسلطة المحلية (٣/٢٧٩) ، وهو الذى يقوم بالحجز على المنقولات لدى المدين عن طريق تحرير محضر موقع منه(م ٣٥٣) ، وهو الذى يتولى تحديد ميعاد البيع ، وتعيين حارس عليها (م٣٦٤) ، وهو الذى يتولى تحديد ميعاد البيع ، موقعا عليها منه (م٣٦٣) ، ويتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة (م٣٦٥) ، ويجرى بيع المنقولات المحجوز عليها

---

(٩٨) احمد مسلم — اصول المرافعات ١٩٧٩ — ص ١٢٧ بند ١٣٥ •

(٩٩) وجدى راغب — المرجع السابق ص ٢٥٨ • عبد الباسط جميعى — محمود هاشم — المرجع السابق ص ٣٥ •

(١٠٠) وجدى راغب — الاشارة السابقة — عبد الخالق عمر ، ص ٦٧ •

بعد جزدها (٣٨٤) ؛ ويقوم بتعيين خبير لتقدير الأشياء غير المقومة (٣٨٧) • على أن هناك اجراءات لا يستطيع المحضر القيام بها الا بعد الحصول على اذن من قاضى التنفيذ • ويتقيد المحضر فيما يتخذه من اجراءات بالقواعد القانونية ، فلا يتجاوز اختصاصه المكانى والمحدد بدائرة اختصاص المحكمة التى يتبعها ، وعليه أن يحترم المواعيد المحددة فى القانون وخلافها •

على أن المحضر ، وان كان يعمل بناء على طلب الدائن طالب التنفيذ ، فانه لا يعد وكيلا عنه[١٠١] ، ونظرا لأنه ملزم بالقيام بها متى تحققت الواقعة القانونية التى يتطلبها القانون وهى تسلمه للسند التنفيذى ، ويعمل تحت رقابة واشراف قاضى التنفيذ وليس تحت اشراف الخصم ، ولهذا ينص المشرع فى المادة ٢٨٢ على سلطة المحضر عند اعلانه السند التنفيذى أو عند قيامه بالتنفيذ فى قبض الدين عند عرضه عليه مع اعطاء المخالصة دون حاجة الى تفويض خاص •

١٨٤ — ثانيا : مسئولية المحضر :

يلتزم المحضر بالقيام بالتنفيذ متى تسلم السند التنفيذى من المدين ، وتحقق من وجوده واعلانه ، والا كان مسئولا عن اخلاله بهذا الواجب ، وعليه طاعة ما يصدره اليه قاضى التنفيذ من أوامر ، والا كان خاضعا للمسئولية التأديبية[١٠٣] • أما بخصوص مسئوليته المدنية

---

(١٠١) اذ كان الراى التقليدى يعتبر المحضر وكيلا عن طالب التنفيذ — انظر نقض مدنى ١٩٧٠/٤/١٤ س ٢١ ص ٦١١ • ويرى البعض أن للمحضر صفة مزدوجة ، فهو موظف عام ووكيل عن طالب التنفيذ فى نفس الوقت (عبد الباسط جميعى — المبادىء ص ٤٣) •

(١٠٢) فتحى والى — التنفيذ — ص ١٥٦ • وجدى راغب ، ص ٢٥٨ عبد الخالق عمر ، ص ٧٥ •

(١٠٣) وجدى راغب — ص ٢٥٩ •

فتحكمها المادة ٦/٢ مرافعات والتى تقضى بعدم مسئولية المحضر الا عن أخطائه فى القيام بوظيفته . فيكون مسئــولا عن تعويض الضرر الذى يحــدثه بالخصم عن نتيجة خطئــه تطبيقا للقواعد العــامة فى المسئولية[١٠٤] . وتكون الدولة لا الدائن مسئولة عن هذا التعويض .

---

(١٠٤) يشترط القانون الايطالى لقيام مسئولية المحضر حصول الغش او الخطأ الجسيم (م ٦٠ مرافعات ايطالى) .

الباب الثالث

محـــل التنفيـــذ

- التنفيـــذ على الأموال .
- التنفيذ على الأشخاص .

١٨٥ — تمهيد وتقسيم :

يقصد بمحل التنفيذ ما يرد التنفيذ عليه . ومحل التنفيذ المباشر هو نفسه محل الحق الموضوعى الذى يجرى التنفيذ لاقتضائه . كالالتزام بتسليم منقول ، واذا كان محل الحق الموضوعى مبلغا من النقود ، فان محل التنفيذ فى هذه الحالة هو أى مال مملوك للمدين ، منقولا كان أو عقارا ، أو حقا شخصيا للمدين فى ذمة الغير .

والقاعدة فى قانون المرافعات المصرى ، وكذلك فى معظم القوانين الحديثة هى أن التنفيذ القضائى لا يقع الا على الأموال المملوكة للمدين ، ولا يجوز تنفيذ الالتزام المدنى بطريق الاكراه على جسم المدين ، اذ أن المدين يسأل عن التزامه فى ذمته المالية لا فى جسمه ، ومع ذلك فان هناك حالات استثنائية يتم فيها التنفيذ بطريق الاكراه البدنى على جسم المدين وحريته ، كماأن هناك حالات أخرى لايتصور أن يرد فيها التنفيذ الا على الأشخاص ، مثل الأحكام الصادرة بتسليم الصغير الى من له الحق فى تسلمه ونحوها .

ومن ثم فاننا نعرض أولا للقاعدة العامة فى محل التنفيذ ، وهو التنفيذ على الأموال ، ثم نعرض فى الفصل الثانى للأحوال التى يرد التنفيذ فيها على الأشخاص .

الفصل الأول

التنفيذ على الأموال

١٨٦ : تقسيم :

رأينا أن القاعدة العامة فى التنفيذ الجبرى أنه لا يرد الا على الأموال المملوكة للمدين ، وفى هذا الخصوص فان القاعدة العامة تقضى بصلاحية الأموال كافة المملوكة للمدين للتنفيذ عليها •

ومع ذلك فان هناك استثناءات يقرر المشرع بمقتضاها عدم جواز التنفيذ على أموال معينة للمدين ، أى يخرج هذه الأموال من وعاء الضمان العام المقرر للدائن على ماف ذمة المدين من أموال • وذلك اعتبارا بأن الاعتبارات الانسانية تقضى بعدم جواز تصفية ذمة المدين كلية ، وتجريده من أمواله لصالح الدائنين •

ولذلك سوف نتناول فى مبحث أول القاعدة العامة فى التنفيذ • ونعالج فى مبحث آخر الاستثناءات المقررة فى هذا الشأن •

المبحث الأول

جواز التنفيذ على أى مال للمدين

١٨٧ — مضمون القاعدة العامة : وتقسيم :

رأينا أن محل التنفيذ المباشر هو ذاته محل الحق الموضوعى الذى يجرى التنفيذ لاقتضائه ، فاذا كان محل الحق الموضوعى هو تسليم مال معين للدائن ، أو هدم حائط ، فان المدين يجبر على تسليم هذا المال ، أو هدم الحائط ما دام ذلك ممكنا ؛ ولا يثير محل التنفيذ المباشر مشاكل خاصة ، أما محل التنفيذ بالحجز ونزع الملكية فهو يكون غير الشىء

الواجب بمقتضى علاقة المديونية[1] وفى الحالة الأخيرة يجوز التنفيذ على أى مال من أموال المدين ، وأساس هذه القاعدة هو مبدأ الضمان المقرر للدائنين ، بحيث تكون كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه (م ٢٣٤/١ من القانون المدنى) ويترتب على ذلك أن أى مال من أموال المدين يجوز الحجز عليـه ، وبالتالى فلا يقع على عاتق الدائن اثبـات جواز التنفيذ على المال الذى يقوم بالحجز عليه ، وانما على من يدعى العكس اثبات أن المال محـل الحجز هو من الأموال التى لا يجوز التنفيـذ عليها[2] ، كما يترتب على القـاعدة المتقدمة كذلك أن أى دائن تكون له سلطـة توقيع الحجز على أى مال مملوك للمدين حتى ولو كان هذا المال محملا برهن ، أو امتياز لدائن آخر • وذلك لأن الرهن أو الامتياز ، وان كان يمنح الدائن المرتهن أو صـاحب الامتياز حق التقدم على غـيره من الدائنين فى استيفاء حقه من ثمن العين — فانه لا يمنع غيرهم من الحجز على العين نفسهـا محل الرهن أو الامتياز لاستيفاء ديونهـم من ثمنها بعد الوفاء بديون من لهم على العين رهن أو امتياز •

وفى هذا المبحث ، سوف نتناول الشروط الواجب توافرها فى محل الحجـز ، ثم الوسائل التى وضعهـا المشرع للحد من سلطـة الدائن فى التنفيـذ .

المطلب الأول

شروط محل التنفيـذ

١٨٨ — تحديد :

يرد محل التنفيذ بالحجز والبيع على الحقوق المالية التى تكون الجانب الايجابى للذمة المالية للمدين ، بشرط أن تكون للمدين سـلطة

---

(١) فتحى والى ص ١٧٣ •

(٢) انظر رمزى سيف ، ص ١٢٩ بند ١٢٥ ؛ جلاسون المطول — ج ٤ ، ص ١٠٨ بند ١٠٤١ ، فينسان ، بند ٢٣ ؛ نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٧ أحكام النقض س ٢٣ ص ٩٤١ •

التصرف فيها على استقلال ، وأن يكون مما يجوز الحجز عليها . وهذه الشروط كلها تعد شروطا لصحة التنفيذ ، بحيث يترتب على تخلفها ، كلها أو بعضها ، بطلان التنفيذ .

أولا — يجب أن يكون محل التنفيذ حقا ماليا[٣] :

والحقوق المالية — سواء كانت حقوقا عينية أو شخصية . تكون الجانب الايجابي لذمة المدين المالية ، وعلى ذلك فلا يصح أن تكون محلا للتنفيذ الحقوق غير المالية كالحقوق الأدبية كحق المؤلف ، فلا يجوز الحجز على هذا الحق (م ١٠ من القانون ٣٥٢ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف) سواء في جانبه الأدبي ، أو حتى جانبه المالي أي حق الاستغلال المالي للمصنف ، اذ لا يلزم المؤلف بنشر مؤلفه أو اعادة نشره ، ولكنه اذا تم نشر المؤلف فانه يجوز التنفيذ على النسخ التي تم نشرها[٤] ، وكذلك لا يجوز التنفيذ على الشهادات والأوسمة والتذكارات العائلية وأوراق المدين وكذلك رسائله[٥] . لأن كل هذه الأوراق والحقوق لا تعتبر أوراقا مالية أو حقوقا مالية ، وبالتالي لا يمكن التنفيذ عليها .

١٩٠ — ثانيا — يجب أن يكون محل التنفيذ حقا ماليا للمدين :

بمعنى أن يكون الحق المراد التنفيذ عليه مالا مملوكا للمدين المسئول عن الدين ، اذ أن التنفيذ على مال الغير انما يمثل اعتداء على حق الغير مما يبطل الحجز[٦] ، وعلى ذلك لا يجوز لدائن الشريك أن

---

(٣) رمنتى — المرافعات جـ ٣ سنة ٢٢٢ ، ص ٢١٣ .

(٤) وجدى راغب ص ٢٧٥ .

(٥) جلاسون — المطول جـ ٤ بند ١٠٤٤ ص ٢١٣ ، جارسونيه جـ ٤ ص ١٦٣ .

(٦) جلاسون ، جـ ٤ ، بند ١٠٤١ ص ١٠٨ .

ينفذ على أموال الشركة أثناء قيامها[٧] ويكون التنفيذ باطلا كذلك اذا وقع على مال تصرف فيه المدين تصرفا نافذا قبل الحجز عليه • ويستثنى من ذلك عدة حالات :

١ — أن يكون المال المملوك للغير محل تأمين خاص بمعنى أن يكون المال ضامن للوفاء بالحق المنفذ من أجله ، ولذلك يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العينى ، والتنفيذ على العقار المرهون تحت يد الحائز اعمالا لحق التتبع المقرر له • ولو كان صاحب العقار قد تصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية ، لأن التصرف وان كان صحيحا فى ذاته ، فلا ينفذ فى مواجهة الدائن المرتهن طالما جاء التصرف لاحقا على الرهن •

٢ — يجوز لمؤجر العقار الحجز على المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين ولو كانت مملوكة للغير مادام المؤجر لا يعلم وقت وضعها بحق الغير عليها • اعتبارا بأن للمؤجر على المنقولات الموضوعة بالعين المؤجرة حق امتياز عليها (م ١١٤٣/٢ مدنى) وكذلك حق صاحب الفندق فى الحجز على الأمتعة التى يحضرها النزيل فى الفندق وملحقاته ولو كانت مملوكة للغير مادام لا يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها (م ١٠٤٤/٢ مدنى) •

ويجب أن تتحقق ملكية المدين للمال محل التنفيذ عند البدء فى التنفيذ ، وعلى ذلك يقع باطلا التنفيذ على مال دخل فى ذمة المدين بعد بدء اجراءات التنفيذ عليه ، فمثلا اذا حجز الدائن على عقار اشتراه المدين بعقد عرفى ، فان هذا الحجز يكون باطلا ولا يصححه تسجيل عقد

---

(٧) محكمة القاهرة الجزئية للأمور المستعجلة ، ١٩٥٢/٤/١٥ ، المحاماة ٣٣ ص ٥٣٨ ، نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٩ — أحكام النقض س ٢٠ ص ١٠٠٢ ، نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ ، س ٢٨ ، ص ٨٠٨ •

البيع بعد ذلك ، اذ لا يكون للتسجيل أثر رجعى[٨] فالتنفيذ لا يكون الا بالنسبة للأموال الموجودة قبل بدئه اذا كانت قد زالت[٩] ولا الأموال المستقبلة بعد بدء التنفيذ باستثناء ملحقات المال الحاضر والثمار[١٠] .

١٩١ — ثالثا — يجب أن يكون الحق المالى مما يجوز التصرف فيه :

يهدف التنفيذ بالحجز ، الى بيع الأموال المحجوزة بالمزاد استيفاء لحق الدائن من حصيلة هذا البيع[١١] ، وعلى ذلك اذا كان القانون يمنع المدين من التصرف فى مال معين فان الدولة (القضاء) لا تستطيع أن تحل محله فى ذلك[١٢] ، بتوقيع حجز على أموال لا يجوز التصرف فيها ، مثال ذلك الحقوق المتصلة بشخص المدين ، وكذلك ما تملكه المدين بشرط عدم التصرف فيه وفقا للمادة ٨٢٣ مدنى مصرى ، وكذلك الأموال العامة، فهذه لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، منقولات كانت أم عقارات (م ٨٧/٢ من القانون المدنى) أما بالنسبة للأموال الخاصة للدولة ، فمن الفقهاء[١٣] من يرى عدم جواز التنفيذ عليها — رغم عدم وجود نص — استنادا الى يسار الدولة دائما ، وعدم المساس بهيبتها بجواز التنفيذ الجبرى على أموالها الخاصة ، ومن الفقهاء من يرى جواز التنفيذ الجبرى على الأموال الخاصة للدولة[١٤] ونحن نميل الى هذا الرأى نظرا لأن التنفيذ الجبرى لا يرتبط بيسار المدين أو اعساره ، وانما يرتبط بعدم القيام بالتنفيذ الاختيارى ، فضلا عن أن الدولة بعدم وفائها بالتزامها تكون قد أخلت بالثقة المفروضة فيها .

---

(٨) استئناف مصر ١٩٣٩/٢/١٦ المحاماة ٢٠ ص ١٠٣٩ .

(٩) كارنيلوتى — نظم — جـ ١ بند ٢٣٤ ، ص ٨٣٧ .

(١٠) Satta, L'esecuzione Forzata Torino 1955 p. 35 No. 15 .

(١١) ساتا — التنفيذ الجبرى — ص ٣٧ ، بند ٧٧ .

(١٢) كارنيلوتى — نظم — جـ ١ ص ٨٥٧ ، بند ٣٤٢ .

(١٣) أبو هيف ، بند ٢٨١ ، ص ١٧٦ ، حامد فهمى بند ١٣٤ ، أبو الوفا — بند ١١١ اجراءات ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ — رمزى سيف ، بند ١٤٣ .

(١٤) فتحى والى ص ١٩٠ — ١٩٢ ، وجدى راغب ، ص ٢٨٤ ، عبد الخالق عمر ، بند ٣٤٩ .

١٩٢ — رابعا : أن تكون الأموال بما يجوز الحجز عليها :

هنـــاك بعض الأموال لا يجيز القانون الحجز عليهـــا رغم امكان التصرف فيها ، وذلك مراعاة منه لاعتبارات معينـــة ، وفى هذه الأموال لا يجوز التنفيذ على هذه الأموال والا كان التنفيذ باطلا والأصل كما هو معروف هو قابلية جميع الأموال المملوكة للمدين للتنفيذ عليها ، لأنها تمثل الضمان العام للدائنين ، والاستثناء هو عدم جواز التنفيذ على بعضها .
وعلى ذلك يكون على من يدعى عدم جواز الحجز على مال من الأموال ، عبء الاثبـــات . فلا يكلف الدائن باثبات صلاحيـــة الأموال المحجوزة للتنفيـــذ عليها ، وانما على المدين عبء اثبـــات ذلك اذا ادعى العكس ولاشـــك أن الأموال التى لا يجوز التنفيذ عليهـــا ، انما هى واردة فى القانون على سبيل الحصر .

وســـوف نبين فى المبحث الثـــانى الأموال التى لا يجوز الحجـــز عليها .

١٩٣ — الخلاصة والنتائج :

هذه هى الشروط اللازم توافرها فى محل الحجز ، وأعترف المشرع للدائن بسلطة التنفيذ على أى مال للمدين ، طالما توافرت فيه هذه الشروط السابقة دون قيد أو شرط آخر . فلم يشترط المشرع مثـــلا أن يكون المال مفرزا . كما لم يشترط ضرورة وجود تناسب بين حق الدائن وبين قيمـــة المال المحجوز ، كمـــا لم يلزم المشرع بالبدء فى التنفيـــذ على مال معين .

١ — عدم اشتراط المال المفرز : رأينـــا أن المشرع لم يشترط فى المال محل التنفيـــذ أن يكون مفرزا ، وعلى ذلك يمكن الحجز والتنفيذ على حصة مملوكة للمدين ملكية شائعة ، ويكون المشترى بالمزاد مالكها على الشيوع[١٥] .

---

(١٥) فتحى والى ص ١٩٥ بند ١٠٢ ، وجدى راغب ص ٢٧٧ ، مستعجل الاســـكندرية ، ١٩٣٦/٥/٢٨ — المحـــاماة ٢٧ ص ١١٣٧ . قارن عزمى عبد الفتاح ، ص ٢٩٤ .

ويجيز القانون الايطالى الحجز على المال الشائع منقولا كان أو عقارا ، الا أنه يوقف البيع حتى تتم قسمة المال الا أن تكون القسمة غير ممكنة[١٦] .

٢ — عدم وجود تناسب بين الدين والمال محل التنفيذ :

للدائن سلطة طلب التنفيذ على أى مال من أموال المدين مهما كانت قيمته استيفاء لحقه ، فلا يشترط التناسب بين قيمة الدين وقيمة المال محل الحجـز ، فللدائن بدين معين أن يطلب توقيـع الحجز على مال — عقار أو منقول — أيا كانت قيمته ولو كانت كبيرة ، والحكمة من ذلك هو أن الحجز لا يرتب أولوية للدائن الحاجز فى اقتضاء حقه ، اذ يجوز لأى دائن آخر للمدين الحجز على المال نفسه المحجوز ونقتسم مع الدائن الأول حصيلة التنفيـذ ، ولهذا فمن مصلحة الدائن ألا يكتفى بتوقيـع الحجـز على ما يوازى قيمة دينـه حتى لا يتعرض لزاحمـة دائنين آخرين له[١٧] .

٣ — عدم الزام الدائن بالبدء فى التنفيذ على مال معين :

رأينـا أن المشرع لم يلزم الدائن بالبـدء فى التنفيذ على مال معين[١٨] فله الحق فى اختيار المال الذى يطلب توقيع الحجز عليه استيفاء

---

(١٦) راجع المواد ٥٩٩ ، ٦٠١ من قانون المرافعات الايطالى — انظر كارنيلوتى — ج ١ — بند ٣٤٧ . ولا يجيز القانون الفرنسى الحجز على حصة الوارث الشائعة فى عقارات التركة قبل قسمتها (م ١٢٥ مدنى فرنسى) .

(١٧) رمزى سيف ، بند ١٣٤ ، فتحى والى ، بند ٩٧ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

(١٨) على عكس القانون اللبنانى الذى الزم الدائن بالبـدء بحجز ما للمدين لدى الغير من حقوق دائنيه ثم المنقولات المادية ثم العقارات المادتين ٦١١ ، ٦١٣ أصول المحاكمات المدنيـة — انظر فتحى والى ص ٢٩٠ — والقانون الايطالى فى المادة ٥١٧ قد أوجب توقيع الحجز على الأشياء التى اختارها المدين اذا لم يترتب على ذلك اضرار بالدائن . وفى كل الأحوال يجب على المحضر البدء بالحجز على النقود السائلة فالأموال الشخصية ثم على الأسهم والسندات .

لحقه ، وعلى ذلك فللدائن الحق فى البدء فى التنفيـذ على المنقولات أو العقـارات [١٩] [٢٠] ، فله أن يحجز على العقار قبـل المنقول ، وله أن يحجز على عقار دون آخر ، أو منقول دون آخر .

ولم يلزم القانون الدائن بالتنفيذ على مال معين ، سواء كان دائنا عاديا أم دائنا ممتازا ، فيجوز للدائن المرتهن أن يحجز على مال آخر للمدين غـير المال المرهون له ، وقد تكون له مصلحة فى ذلك لتأخره فى المرتبة ، كما يجوز للدائن العـادى أن يطلب الحجز على مال مرهون لغـيره[٢١] .

وقد أورد المشرع المصرى استثناء على حرية الدائن فى اختيـار الأموال التى ينفذ عليها وذلك فى المادة الأولى الفقرة الثانية من لائحة الاجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ٤ ابريل سنة ١٩٠٧ بقولها « ويبدأ التنفيذ على النقود الموجودة عينا ثم على المنقولات ثم على العقار فى حالة وجود منقولات » .

---

(١٩) انظر حامد فهمى بند ١٣٦ ، ص ٢١٣ ، وجدى راغب ، ص ٢٧٨ ، ابو الوفا ص ٢٦٩ .

(٢٠) وكانت المادة ١/٢٥٦ من مشروع المجموعة المدنية المصرية النهائى تنص على « ان يبدأ الدائن بالمال الذى يكون التنفيذ عليه اقـل كلفة على المدين » وقد حذفت هذه المادة من لجنة القانون المدنى لورود احكامها فى مشـروع قانون المرافعات ولكن جاء قانون المرافعات خلوا من هذا النص عملا بمبدأ الضمان العام للدائنين .

(٢١) انظر وجدى راغب ص ٢٧٨ .

المطلب الثـــانى

القيـــود الواردة على سلطة الدائن فى توقيـــع الحجز

١٩٤ — تمهيد وتقسيم :

رأينا ، فى المطلب السابق ، كيف أن المشرع قد أعطى الدائن — فى سبيـــل استيفاء حقه — سلطة واسعة تخوله التنفيـــذ على أى مال من أموال المدين ، بغض النظر عن قيمتها أو نوعها . واذا فعل المشرع ذلك تمكينا للدائن من الحصول على حقه ، فانه لم يترك ذلك لمطلق حرية الدائن ، وانما وضع قيودا للحد من هذه السلطة ، محافظة من المشرع على مصلحة المدين ، فضلا عن القيد العام فى استعمال الحق ، المنصوص عليه فى المادة الخامسة من القانون المدنى ، والتى توجب على الشخص تعويض الأضرار النـــاتجة عن تعسفه فى استعمال حقه ، ويعـــد الدائن متعسفا فى استعمـــال حقه فى توقيع الحجـــز ، على أى مال من أموال المـــدين (اذا كانت المصـــالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهميـــة لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير المدين من ضرر بسببها) وقد استقر القضـــاء الفرنسى على أن الدائن يكون متعسفا فى استعمـــال حقه فى توقيع الحجز اذا لجأ اليه كاجراء كيدى لا يقصد من ورائه الا الكيد لمدينه وشل قدرته الائتمانية ، دون أن تكون هناك ضرورة ، بأن بالغ فى تقدير دينه وحجز على ما لمدينه لدى الغير بقصد تجميد ائتمانه ، أو أوقع حجزا على أموال كثيرة للمدين كان واحدا منها يكفى للوفاء بمطلوبه[٢٢] .

ونبين فيما يلى الوسائل التى وضعها المشرع ، فى قانون المرافعات للحد من سلطة الدائن فى الحجز على أموال المدين.

---

(٢٢) أنظر عرضا لموقف القانون الفرنسى ، عزمى عبد الفتاح ، التنفيذ ص ٣٩٠ .

ولقــد راعى المشرع ، فى تحديده لهذه الوســائل ، التوفيق بين مصلحة الدائن الحاجز ، وبين مصلحة المدين فى عدم الاضرار به . ولقد نظم المشرع فى هذا الخصــوص وسيلتين : هما الايداع والتخصيص ، وقصر الحجز .

الفــرع الأول

Depot avec affecatation speciale

الايــداع والتخصيــص

١٩٥ــ مفهوم الايداع وطرقه :

أخذ القانون المصرى القديم ، بهذه الوسيلة للحد من أثر الحجز ، فى حجز ما للمدين لدى الغير ، نظرا لما كان يستتبعه هذا الحجز من حبس رأسمال المدين عنه ، وتطيل تجارته ، وشل حركة عمله من أجل دين عليه ، قد يكون صغيرا أو متنازعا فى وجوده ، أو فى مقداره ، ولما صدر قانون المرافعــات الجديد نظم المشرع هذه الوسيلة فى الفصــل الخاص بالأحكام العامة للتنفيذ ، وبذلك أصبح من الممكن الايداع والتخصيص فى كل أنواع الحجوز التنفيــذية أو التحفظية ، وســواء وقعت على المنقولات تحت يد المدين أو لدى الغير . أو وقعت على العقارات[٢٣].

ويقصد بالايداع والتخصيص ، ايداع مبلغ من المال خزانة المحكمة، يخصص للوفاء بالديون المحجوز من أجلها ، لينتقل الحجز الى المبلغ المودع ، ويزول عن الأموال المحجوزة ابتداء .

---

(٢٣) انظر المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجديد . وانظر فى نظام الايداع مع التخصيص فى القانون الفرنسى

inceht et preuzuet ioes d'execution, 15 ed No - 30 : P. 240

١٩٦ — طريقا الايداع والتخصيص :

نظم المشرع طريقتين للايداع والتخصيص بدون حكم أو بحكم على التفصيل الآتى :

١٩٧ — ١ — الايداع والتخصيص بدون حكم :

تقضى المـــادة ٣٠٢ بجواز ايداع مبلغ من النقود مســـاو للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصـــاريف ، ويخصص للوفاء بها دون غيرها • وذلك فى أية حالة كانت عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع • يتبين لنا : أنه يشترط لاعمال النص شرطان :

— ايداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة مساو للديون المحجوزة من أجلها والفوائد والمصاريف •

— تخصيص المبـــلغ المودع للوفاء بالديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصـــاريف عند ثبوت هذه الديون ، اما بحكم قضـــائى ، أو باقرار من المدين • ويتم التخصيص بتقـــرير فى قلم كتاب المحكمة ، يوقعه من قام بالايداع ، المدين أو الغير •

ويجيز المشرع هذا الطريق فى أى حالة تكون عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع ، ويجوز لكل ذى مصلحة فى التخلص من الحجز سواء كان المدين أو الغير الذى وقع تحت يده الحجز أو العقار •

واذا كانت المادة ٣٠٢ توجب ايداع مبلغ مســـاو للديون المحجوز من أجلها ، فيجب أن يفهم ذلك على أنه يجب ايداع المبلغ المساوى للوفاء بمجموع الديون المحجوز من أجلها سواء كانت لحاجز واحد أو كانت لحاجزين آخرين تدخلوا فى الحجز الموقع من غيرهم • وكذلك الديون الخاصة بالدائنين الذين أصبحوا طرفا فى الاجراءات بقوة القانون فى الحجز العقارى والذين تم اخبارهم بايداع قائمة شروط البيع ، وهم

الدائنون أصحاب الحقوق المقيدة على العقار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولو لم يوقعوا حجزا على العقار[٢٤] .

١٩٨ ــ ٢ ــ الايداع والتخصيص بناء على حكم :

تقضى المادة ٣٠٣ بأنه « يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضى التنفيذ فى أية حالة كانت عليها الاجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز ، وبمقتضى هذه المادة يكون للمحجوز عليه وحده الحق فى رفع دعوى مستعجلة الى قاضى التنفيذ فى أى حالة كانت عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع[٢٥] .

النظام القانونى لدعوى الايداع والتخصيص :

(ا) دعوة الايداع والتخصيص :

وترفع هذه الدعوى بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام قاضى التنفيذ أى بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة ، من المحجوز عليه وحده . على الحاجز أو الحاجزين ، ان تعددوا . وعليه فلا ترفع هذه الدعوى من الحاجز باسمه أو باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، كما لا يجوز أن ترفع من المحجوز لديه أو من أى شخص آخر ولو كانت له مصلحة فيها مثل دائن المدين المحجوز عليه[٢٦] . فالمحجوز عليه هو صاحب الصفة فى رفع هذه الدعوى ، فان رفعت من غيره ، كانت غير مقبولة . كما أن هذه الدعوى ترفع على

---

(٢٤) فتحى والى ــ التنفيذ ، ص ٤٣٦ .

(٢٥) انظر تفصيلا فى الايداع والتخصيص فى القانون الفرنسى ، فنسان بريفولت ، بند ٣٠١ وما بعدها .

(٢٦) فتحى والى ، ص ٤٣٧ ، حامد فهمى ، بند ٢٧٣ ، ص ٢٥١ ، وجدى راغب ، ص ٢٨٣ .

(٢٧) أبو الوفا ، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ بند ١١٦ . فتحى والى المرجع السابق ص ٢٣٨ حامد فهمى ، ص ٢٥٨ . راتب ــ كامل ــ راتب ، ﺟ ٢ ، ص ١٠٤١ . بند ٥٣٥ جلاسون ، ﺟ ٤ ، ص ٣١٢ .

الحاجز وعلى كل الحاجزين الذين تدخلوا فى الحجز أو الذين أصبحوا طرفا فى الاجراءات بقوة القانون (فى الحجز العقارى) والا لا يحاج بالحكم الصــادر فيها على من لم يختصــم فى الدعوى من الدائنــين الحاجزين[٢٧] . كما ترفع هذه الدعوى أيضا فى مواجهة المحجوز لديه فى حجز ما للمدين لدى الغير[٢٨] .

وترفع هذه الدعوى فى أية حالة كانت عليهــا الاجراءات ، ولو بعد رفع دعوى موضوعية فى التنفيذ كدعوى صحة الحجز أو رفعه . ولكن يجب رفع هذه الدعوى ــ بطبيعة الحال ــ قبل تمام البيع أو ايقاعه ، وذلك لأنه بتمام البيع تنعدم المصلحة فى رفع هذه الدعوى اعتبارا بأن الأموال المحجوزة والتى تم بيعها تنتقل ملكيتها الى الراسى عليه المزاد ، ينتقل الحجز الى الثمن المتحصل من البيع :

ومتى رفعت الدعوى ، وانعقدت صحيحة أمام قاضى التنفيذ ، كان على القــاضى أن يقوم بتقدير مبلغ من النقود يخصص للوفاء بمطلوب الحاجز أو الحاجزين . فليس له أن يرفض تقدير هذا المبلغ ، والا أمكن اعتبــاره منكرا للعدالة[٢٩] . وانما تكون له سلطة تقــديرية فى تحديد المبلغ أو المبالغ التى يجب ايداعها[٣٠] ، مراعيــا فى ذلك ظروف الحال حسبما يكشف عنها ظاهر الأوراق المقدمة فى الدعوى فلا يلتزم القاضى بتقدير مبلغ يكون مســاويا لمطلوب الحاجز أو الحاجزين ، فقــد يقوم بتقدير مبلغ يكون مساويا للديون المحجوز من أجلها اذا ما استبان له

---

(٢٨) حتى يمكن تنفيذ الحكم الذى يصدر فيها فى مواجهته (ابو الوفا ص ٢٧٨ بند ١١٦ ، فتحى والى ، ص٤٣٨) .

(٢٩) فتحى والى ــ الاشارة السابقة .

(٣٠) راتب ــ كامل ــ راتب ــ ﺣ ٢ ص ١٠٤٢ بند ٥٣٥ ، فتحى والى الاشارة السابقة . أبو الوفا ، ص ٢٧٨ .

العكس من خلال ظاهر الأوراق[٣١] ، ولاشك أن حكم قاضى التنفيذ فى هذه المسألة لا يعدو أن يكون حكما وقتيا ، لا يقيد محكمة الموضوع ولو كانت هى قاضى التنفيذ عند نظر الدعوى الموضوعية المثارة حول حقيقة حق الحاجز أو صحة اجراءات الحجز ، كما لا يتقيد به هو نفسه كقاضى مستعجل اذا تغيرت الظروف التى صدر فيها[٣٢] ، وبالتالى ليس هناك ما يمنع هذا القاضى بعد الرجوع اليه بتخفيض المبلغ الذى قدره فيما سبق أو بزيادته اذا ما تغيرت الظروف التى بنى عليها التقدير فى الحكم الأول[٣٣] .

ومن ناحية أخرى فان الحكم الصادر فى هذه الدعوى يعتبر حكما وقتيا ، يجوز استئنافه فى جميع الأحوال ، أيا كانت قيمته ، أمام المحكمة الابتدائيــة بهيئة استئنافية (نقض ٢٨/١٢/١٩٧٨ المجموعة ، ٢٩ ، ص ٢٠٦٥) .

وتكون لقاضى التنفيذ سلطته المتقدمة ، أيا كان نوع الحجز الموقع وأيا كان السند الموقع الحجز بناء عليه ، سواء كان سندا تنفيذيا أو كان أمرا من القاضى .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، هل يلتزم القاضى بتقدير مبلغ نقدى يتــم ايداعه ، أم يجوز له بدلا من ذلك أن يحــكم بايداع شئ آخر غــير النقود ؟ . اذا رجعنا الى نص المادة ٣٠٣ مرافعــات نجدها تتحدث عن تقدير « مبلغ » مما يعنى أن القاضى عليه أن يقدر مبلغا من

---

(٣١) ولكن ليس للقاضى ان يصدر فى هذه الدعوى حكما بعدم الاعتداد بالحجز ، ولا ان يقدر المبلغ تقديرا رمزيا (فتحى والى ، ص ٤٣٨ عكس ذلك . راتب — كامل — راتب — ص ١٠٤٢ ، حـ٢) .

(٣٢) فتحى والى — الاشارة السابقة ، رمزى سيف ، بند ٢٢٠ ، ونصر — كامل — راتب حـ ٢ — الاشارة السابقة . ابو الوفا ، ص ٢٧٨ — ٢٧٩ .

(٣٣) جلاسون ، حـ ٤ ص ٣٠٨ .

النقود هو الذى يتم ايداعه ، والى هذا ذهب الرأى الغالب فى الفقه[٣٤]. غير أن رأيا فقهيا قد ذهب الى أن القانون عندما نص على تقدير « مبلغ » يتم ايداعه انما عرض للحالة الغالبة ، الشائعة الحدوث ، وليس هناك ما يمنع قانونا أن يأمر قاضى التنفيذ بأن يتم الايداع بموجب خطاب ضمان من أحد البنوك[٣٥] .

والرأى عندنا أنه توفيقا بين هذين الرأيين فانه يجب التفرقة بين أمرين متميزين هما : تقدير المبلغ الواجب ايداعه ، وهنا يجب على قاضى التنفيذ أن يحدد فى حكمة المبلغ الذى يودع ، نوعا ومقدارا ، فلا يملك القاضى — اعمالا لصراحة النص — تحديد أشياء أخرى غير النقود . والأمر الثانى هو الايداع نفسه ، وهنا يمكن للقائم بالايداع أن يودع المبلغ ذاته المحدد فى الحكم ، فى صورة أوراق نقدية هى المحددة نوعا ومقدارا فى الحكم ، أو فى صورة أوراق مالية تحل محل النقود ، أو هى أوراق نقدية حكما مثل الشيكات المصدق عليها من البنوك ، وكذلك خطابات الضمان الصادرة من البنوك التجارية ، متى كان المستفيد منها الحاجز أو الحاجزين ، أصحاب الحقوق المحجوز من

---

(٣٤) فتحى والى — ص ٢٣٩ ، محمد حامد فهمى ، بند ٢٧٨ حـ ٢ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، رمزى سيف فى طبعته الاخيرة ٦٩ / ١٩٧٠ . وجدى راغب ص ٣٠١ مجلة المحاماة ص ٨٨ ، ٨٩ ، ١٠١ ، عبد العزيز بديوى ، الوجيز فى قواعد

(٣٥) راتب — كامل — راتب ، حـ ٢ ، ص ١٠٤٣ ، بند ٣٢٥ .ابوالوفا سنة ٥٤ مدنى مستعجل . مشار اليه فى هذه المؤلفات .

عزمى عبد الفتاح ، ص ٩٦٨ .

ص ٢٧٧ . مستعجل الاسكندرية — ٢٨ / ٦ / ١٩٥٤ فى القضية رقم ١٩٠٥.

(٨٧) انظر عبد المنعم حسنى — منازعات التنفيذ سنة ١٩٨٨ ملحق ٣٢٢ .

(٣٦) فليس لقاضى التنفيذ تخصيص جزءا من المنقولات المحجوزة اذا كان المحجوز عليه عينا لا دينا (عكس ذلك — راتب — كامل — راتب — ص ١٠٤٣) جـ ٢ والقانون الفرنسى ، انظر فنسان وبريفولت ، بند ٣٠٢ ، ص ٢٤١ .

أجلها • ومتى كانت بالمبالغ ذاتها ، قيمة ونوعا ، المقدرة فى الحكم ، وذلك لأن هذه الشيكات وكذلك خطابات الضمان هى بمثابة النقود •

ومن ناحية ثالثة هل يجب أن يتم الايداع خزانة المحكمة نفسها ؟ أم يجوز للقاضى أن يحدد مكانا آخر يتم الايداع فيه ؟ ، الرأى الغالب على أن الايداع ، اعمالا لصراحة النص ، لا يكون الا لدى خزانة المحكمة ، والقاعدة أنه لا اجتهاد فى مورد النص[٣٧] •

١٩٩ — الايداع والتخصيص وآثاره :

(ا) القائم بالايداع :

رأينا أن المادة ٣٠٢ مرافعات تجيز لكل ذى مصلحة فى التخلص من أثر الحجز أن يقوم بايداع مبلغ مساو للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف ، مع تقرير منه فى قلم الكتاب بتخصيص هذا المبلغ للوفاء بتلك الديون • كما أن المادة ٣٠٣ من القانون ذاته تجيز للمحجوز عليه وحده رفع دعوى مستعجلة بتقدير مبلغ يتم ايداعه يخصص للوفاء بمطلوب الحاجز أو الحاجزين • فاذا كانت هذه المادة لا تجيز لغير المحجوز عليه رفع هذه الدعوى ؛ فان الايداع نفسه تنفيذا للحكم الصادر فيها ، يمكن أن يقوم به كل من تكون له مصلحة فى التخلص من الحجز ، فيجوز من المحجوز عليه نفسه ، كما يجوز من غيره كأحد دائنيه أو المحجوز لديه • واذا تم الايداع ، فى هذه الحالة ، فلا يلزم تقرير المودع فى قلم كتاب المحكمة بتخصيص المبلغ المودع للوفاء بالديون المحجوز من أجلها مع النمو المتطلب فى المادة ٣٠٢ ، لأن التخصيص يتم بناء على أمر المحكمة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٣ •

---

(٣٧) فتحى والى ، ص ٢٣٩ ، محمد حامد فهمى — الاشارة السابقة ، وجدى راغب — الاشارة السابقة عكس ذلك ، راتب — كامل — راتب ، ص ١٠٤٣ ، أبو الوفا ، اجراءات ، ص ٢٧٧ • ويجيزان الايداع لدى شخص مؤتمن أو بنك من البنوك ، وهو الأمر الذى يجيزه القانون الفرنسى أيضا أنظر فنسان وبريفولت ، ص ٢٤٠/٢٤١ بند ٣٠٢ ، ٣٠٣ •

(ب) آثار الايداع والتخصيص :

واذا تم الايداع والتخصيص على النحو المتقدم ، فان القانون يرتب على ذلك آثارا هامة هى :

١ — زوال الحجز عن الأموال المحجوزة :

يترتب على الايداع زوال الحجز عن الأموال الموقع عليها ، وتحرير هذه الأموال من الحجز عليها ، وزوال القيود الواردة على سلطة المحجوز عليه بشأنها ، وتزول كل الآثار التى رتبها الحجز على هــذه الأموال ؛ فيستطيع المحجوز عليه أن يتصرف فى هذه الأموال بتصرفات نافذة فى مواجهة الحاجزين ، وتصبح التصرفات التى كان المحجوز عليه قد أبرمها قبل الايداع نافذة • كما يكون للمحجوز عليه أن يسترد حيازته لتلك المنقولات المحجوز عليها بعد أن كانت فى حيازة الحارس عليها ، وأن يطالب المحجوز لديه الوفاء له بما تحت يده • ومن ناحية أخرى يمكن لدائنين آخرين للمدين نفسه توقيع الحجز على هذه الأموال من جديد •

٢ — انتقال الحجز الى المبالغ المودعة :

واذا زال الحجز عن الأمــوال المحجــوز عليها ، فان ذلك بذاته لا يؤدى الى الوفاء بمطلوب الحاجز أو الحاجزين ، وبالتالى انقضاء حقوقهم ، وانما يؤدى فحسب الى انتقال الحجز الى المبالغ المودعة ؛ فالايداع والتخصيص لا يؤدى الا الى مجرد تغيير محــل الحجــز • فتصبح الأموال المحجوز عليها ابتداء محررة من الحجز ، وتصبح المبالغ المودعة خزانة المحكمة محجوزا عليها • وهذا الأثر هو ما يطلق عليــه الفقه الايطالى تحول الحجز conversine ione del pig noremento المنصوص عليه فى المادة ٤٩٥ من قانون المرافعات الايطالى •

٣ — تخصيص المبلغ المودع للوفاء بالديون المحجوز من أجلها :

يترتب على الايداع والتخصيص ، اذا تم طبقا للأصول القانونية ؛ تخصيص المبــالغ المودعة للوفاء بدين الحــاجز أو بديون الحاجزين ؛

وكذلك الفوائد والمصاريف ، وذلك عند ثبوتها قضائيا أو الاقرار بها •
غير أن هذا التخصيص لا يخرج هذه المبالغ المودعة من ملكية المحجوز عليه،ومن ثم يمكن لدائنين آخرين له توقيع الحجز على هذه المبالغ تحت يد خزانة المحكمة ، وتكون هـذه الحجوز فى ذاتها صـحيحة ومنتجة لآثارها ، غير أن هـذه الحجوز الجديدة لا تؤثر فى الحقـوق المحجوز بمقتضاها والسابقة على الايداع ، فهذه تكون لها أولوية فى الوفاء بها من المبـالغ المودعة ، فان تبقى شىء منهـا فيكون من حق الحاجزين الجدد •

٢٠٠ — التكييف القانونى لنظام الايداع والتخصيص :

بعد أن عرضنا لنظام الايداع والتخصيص وعناصره ، يبقى علينا أن نحدد طبيعته القانونية ، وهو الأمر الذى اختلف بشأنه الفقهاء •

فقد ذهب الرأى السائد فى فرنسا[٣٨] الى أن الايداع والتخصيص نظام يعترف للدائن الحاجز الذى خصص المبلغ المودع للوفاء بحقه حق امتياز Privilége على هذا المبلغ • ومما يعيب هذا الرأى هو مخالفته لقواعد القانون التى تقر أن حقوق الامتياز لا تنشأ الا بموجب نص فى القانون ؛ فلا تنشأ باتفاق الأطراف ولا بأحكام القضاء ، كما أن الامتياز ينشأ مصاحبا ومعاصرا للدين الممتاز •

أما الفقه المصرى ، فقد انقسم على نفسه فى ظل قانون المرافعات السابق ؛ حيث ذهب البعض[٣٩] الى أن الأمر يتصل بحوالة حق ، اذ يحيل المحجوز عليه الدائن الى جزء من حقه لدى المحجوز لديه ، غير أن هذا الرأى منتقد حيث أنه لا يصلح بالنسبة لأنواع الحجوز الأخرى غير حجز ما للمدين لدى الغير ، كما لا يصلح بالنسبة للحجز الأخير ذاته اذا

---

(٣٨) سوليس ، ص ١١٩/١٢٠ ، فنسان وبريفولت ، بند ٣٠٤ ص ٢٤٢ واستئناف باريس فى ١٩٦٢/١١/٨ — المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٣ ، ص ٤١٩ وتعليق Roynaud عليه •

(٣٩) أبو هيف ، بند ٥٤٨ ، ص ٣٥٤ •

ما كان ما للمدين لدى الغير منقولا ماديا وليس حقا ماليا ترد عليه الحوالة . فضلا عن أن الحوالة لا تكون أصلا الا باتفاق طرفيها المحيل والمحال اليه . ونظرا لذلك فقد ذهب رأى آخر[٤٠] الى القول بأن الايداع والتخصيص ليس أكثر من وفاء الى الحاجز معلق على شرط هو ثبوت حق الدائن وتعيين مقداره . غير أن هذا الرأى بدوره لم يسلم من النقد ، حيث أن الأمر المعلق على شرط واقف لا يترتب عليه أى أثر الا عند تحقق الشرط ، ولو كان التخصيص وفاء معلقا على شرط واقف هو ثبوت الحق ، لما ترتب عليه زوال الحجز بمجرد الايداع عن الأموال المحجوزة الا عند تحقق الشرط وهو ثبوت الحق . والواقع — كما رأينا — أن الايداع والتخصيص يرتب آثاره فور حصوله وقبل ثبوت الحق أو تعيين مقداره[٤١] .

والراجح أن الايداع والتخصيص نظام اجرائى خاص بالتنفيذ الجبرى ، قرره المشرع فى محاولة منه للموازنة بين مصلحة المدين المحجوز عليه وبين مصلحة الدائن الحاجز أو الدائنين الحاجزين ، ليس الا استبدالا لمحل الحجز من الأموال المحجوز عليها الى المبالغ المودعة على ذمة الوفاء بمطلوب الحاجزين ، مع الاعتراف لهم بأولوية استيفاء حقوقهم من هذه المبالغ ، وهى كما قال البعض أولوية اجرائية وليست أولوية موضوعية[٤٢] .

---

(٤٠) محمد حامد فهمى ، بند ٢٧٦ ، ص ٢٥٤ — ٢٥٥ . أبو الوفا طبعة ١٩٦٤ ، ص ٦٨٠ . وانظر فى عرض هذين الرأيين ونقدهما ، فتحى والى بند ٢٢٤ ص ٤٤٢ — ٤٤٣ .

(٤١) انظر فى هذا النقد ، فتحى والى ، ص ٤٤٣ بند ٢٢٤ ، والتنفيذ الجبرى له سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٢٠ بند ٢٤١ .

(٤٢) فتحى والى ، ص ٤٤٤ بند ٢٢٤ .

الفرع الثـانى

قصـر الحجـز

Riduzione dea pignoramento

٣٠١ ــ مفهوم قصر الحجز :

قد لا يتيسر للمدين المحجوز عليـه الاستفادة من نظام الايداع والتخصيص المتقـدم ذكره ، لأى سبب من الأسبـاب ، لأنه لم يكن لديه مبالغ نقـدية تكفى للوفاء بمطلوب الحاجـزين ، ولم يجد من يقوم بايداع هذه المبـالغ نيابة عنه • ولهذا تأخذ التشريعات المختلفة بنظام آخر هو قطاع قصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة ، وانحساره عن الباقى منها • وقد أخذ القانون المصرى بهذا النظام فى قانون المرافعات الجديد ، نقلا عن المادة ٤٩٦ من قانون المرافعات الايطالى •

وقـد أجازت المادة ٣٠٤ من قانون المرافعـات الجديد للمدين أن يطلب من قاضى التنفيذ بصفة مستعجلة قصر الحجز على بعض الأموال المحجوز عليها ، اذا كانت قيمة الحق المحجوز من أجله لا تتناسب البتة مع قيمة الأموال المحجوزة عليها • وذلك مواجهة لتعسف الدائن فى توقيعه الحجز على أموال تفوق فى قيمتها مقدار الحق المحجوز من أجله •

ولا شك أن هذا النظام نظام عام يطبق على سائر الحجوز أيا كان نوعها ، تنفيذية كانت أم تحفظية ، وعلى سائر الأموال أيا كانت طبيعتها ، عقارات كانت أو منقولات ، وأيا كان سند الحجز ، حكما كان أو غير حكم ، سندا تنفيذيا أو أمرا من القضاء بتوقيع الحجز ، وذلك لأن هذا النظام قد ورد ضمن الأحكام العامة فى التنفيذ •

٣٠٢ ــ النظام القانونى لقصر الحجز :

(أ) دعوى قصر الحجز : لا يجوز قصر الحجز الا بحكم قضائى يصدر فى خصومة انعقدت صحيحة بين أطرافها • ومن ثم لا يجوز قصر الحجز بأمر من قاضى التنفيـذ على عريضة • ودعوى قصر الحجز هى

دعوى مستعجلة ترفع الى قاضى التنفيذ بصفته قاضيا للأمور المستعجلة ، وفقا للاجراءات المعتادة فى الدعاوى المستعجلة وترفع هذه الدعوى من المدين المحجوز عليه وحده فهو صاحب الصفة فى رفعها ، فلا ترفع من غيره ، وترفع هـذه الدعوى على الحاجز أو الحاجزين ان تعـددوا • ويجوز أن يختصـم فيها المحجوز لديه فى حجز ما للمدين لدى الغير ، حتى يحتج عليه بالحكم الذى يصدر فيها • ويجوز رفع هذه الدعوى على الحاجز ولو كان له تأمين خاص على المال المحجوز ، كله أو بعضه[٤٣] •

ولم يحدد القانون ميعادا لرفع هذه الدعوى ، الأمر الذى يؤدى لزوما الى جواز رفع هـذه الدعوى فى أية حالة كانت عليهـا اجراءات التنفيذ ، غير أن المنطق القانونى يوجب رفع هذه الدعوى قبل تمام بيع الأموال المحجوزة[٤٤] ، لأنه اذا رفعت بعـد ذلك ، كانت غير مقبـولة لانعدام المصلحة فى رفعها • —

(ب) الحكم فى دعوى قصر الحجز :

يختص قاضى التنفيـذ وحده بنظر هذه الدعوى ، بصفتـه قاضيا للأمور المستعجـلة ، ومن ثم يتقيد فى نظره بها بما يتقيـد به القاضى المستعجل ، فهو ينظرها عى أساس البادى له من ظاهر الأوراق ، وليس له الفصل فى أصل الحق أو المساس به فهو يقوم بتقدير مقدار الحقوق المحجوز من أجلها ومقدار قيمة الأموال المحجوز عليها ، وذلك من خلال ظاهر الأوراق ، وذلك حتى يصـل الى مقدار التفاوت بينهما ، ويحكم بقصر الحجز على بعض الأموال ان وجد تفاوتا كبيرا ، أو يحكم برفض الدعوى اذا لم يجد تفاوتا كبيرا • وللقاضى سلطة تقديرية كاملة فى هذا

---

(٤٣) راتب — كامل — راتب ، جـ ٢ ، بند ٥٣٦ ، ص ١٠٤٦ ، وجدى راغب ، ص ٢٨٧ •

(٤٤) قارن وجدى راغب ، ص ٢٨٧ •

الخصوص ، فهو لا يتقيد بما هو ثابت فى سند الدين ان كان محل منازعة، كما يمكن له أن يعتمد فى تقديره لقيمـــة الأموال المحجوزة على التقدير الوارد فى محضر الحجز بالنسبة للمنقولات أو القواعد التى يقدر على أساسها الثمن الأســاسى بالنسبة للعقارات ، أو يمكن له الاعتمـاد فى التقدير على أقوال الخصوم أو أهل الخبرة •

والحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى ، رغم أنه يعتبر حكما مستعجلا الا أنه لا يجوز الطعن عليه بأى طريق من الطرق (م ٣٠٤/٢) •

٢٠٣ — الآثار القانونية المترتبة على قصر الحجز :

يترتب على صدور الحكم بقصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة الآثار القانونية الآتية :

١ — انحسار الحجز عن بعض الأموال المحجوزة : ينحسر الحجـز عن بعض الأموال التى لم يقصر الحجز عليها ، ويترتب على ذلك زوال الآثار القانونية والقيـود التى ترتبت على الحجز عليها ، فتنفذ تصرفات المدين فيها وتكون له كامل السلطة فى استعمالها واستغلالها •

٢ — اقتصار الحجز على بعض الأموال المحجوزة : كما يترتب على الحكم بقصر الحجز على أموال معينـــة ، استمرار الحجز بالنسبة لهذه الأموال ، منتجا لآثاره القانونية بالنسبة لها •

٣ — أولوية الدائنين الحاجزين قبل القصر : يقرر القانون للدائنين الحاجزين قبـــل قصر الحجز أولوية اجرائيـــة فى استيفاء حقوقهم من الأموال المقصور الحجز عليها • وقــد نصت المادة ٣/٣٠٤ صراحة على هذا الأثر بقولهـا « ويكون للدائنين الحاجزين قبل قصر الحجز أولوية فى استيفاء حقوقهـم من الأموال التى يقصر الحجز عليهـا » • ويترتب على ذلك أنه اذا أوقعت بعد القصر حجوز جديدة على تلك الأموال التى قصر الحجز عليهـا ، فان هذه الحجوز تكون صحيحـة فى ذاتها ولكن

لا يستوفى أصحابها حقوقهم من هذه الأموال المقصور الحجز عليها الا بعد استيفاء الدائنين قبل القصر لكامل حقوقهم .

ولقد ثار الخلاف حول ما اذا كان الحاجز الجديد دائنا ممتازا بأن كانت له أولوية فى استيفاء دينه من الأموال التى قصر الحجز عليها ، فهل يستفيد من حقه الممتاز ، ويستوفيه مفضلا على غيره من الدائنين الحاجزين قبل القصر ؟ .

فقد ذهب رأى[٤٥] الى أن الحاجز الممتاز يستوفى حقه مفضلا على الدائن العادى الحاجز قبل القصر ، اعتبارا بأن قصر الحجز لا يفقد الدائن الممتاز مرتبته التى اكتسبها وفق القانون الموضوعى ، وذهب رأى آخر الى أن القانون فى المادة ٣٠٤ قد أعطى أولوية للدائنين الحاجزين أو المعتبرين طرفا فى الاجراءات قبل قصر الحجز فى استيفاء حقوقهم من الثمن المتحصل من بيع الأموال التى قصر الحجز عليها ، وذلك مفضلين على الدائنين الحاجزين القصر ولو كان من بينهم دائن ممتاز له أولوية موضوعية ، وذلك لصراحة نص المادة ٣٠٤ ، والتى تعتبر نصا عاما ، ولا يقيد الا بنص خاص ، كما أن الأولوية الموضوعية مشروطة بأن يبادر صاحبها بالحجز على المال محل هذه الأولوية قبل قصر الحجز على هذا المال[٤٦] ، خاصة وأن قصر الحجز وآثاره نظام اجرائى واجب الاتباع ، أما نظم القانون الموضوعى والاستفادة منها مشروطة باتخاذ الوسائل التى ينظمها القانون الاجرائى فى المواعيد التى يحددها .

ولا نملك الا تأييد الرأى الأخير لقوة حجته ، ورجاحة منطقه خاصة اذا علمنا أن الدائن الممتاز اذا تدخل فى الحجز أو أصبح طرفا فى

---

(٤٥) رمزى سيف ، بند ٢١٣ ، ص ٢٢٣ ، أبو الوفا ، التعليق ، جـ ٢ ، ص ٦٧٦ ، اجراءات التنفيذ ، ص ٢٨١ بند ١١٧ . أمينة النمر ، بند ١٧٧ ، وجدى راغب ، الطبعة الأولى ، ص ٢٩٢ .

(٤٦) فتحى والى — بند ٢٢٥ ، ص ٤٤٧ — ٤٤٨ ، وقد أخذ بهذا الرأى وجدى راغب فى طبعته الثانية ، ص ٣٠٧ ، ٣٠٩ بعد أن كان يأخذ بالرأى الأول فى طبعته الأولى . محمد عبد الخالق عمر ، ص ٣٦٦/٣٦٧ .

الاجراءات قبل القصر ، فانه يستوفى حقه وفقا للأولوية التى منحته له المادة ٣٠٤ ، وان تدخل بعد القصر فانه لا يفقد أولويته بالنسبة للدائنين العاديين الذين حجزوا على المال بعد قصر الحجز عليه ، فيستوفى حقه مما تبقى منه بعد استيفاء الحاجزين قبل القصر ، مفضلا على غيره من الدائنين العاديين الحاجزين بعد القصر[٤٧] .

المبحث الثالث

الأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها

٢٠٤ — تمهيد وتقسيم :

رأينا فى المبحث الأول أن القاعدة العامة هى جواز التنفيذ على أى مال من أموال المدين ، تطبيقا لفكرة الضمان العام المقررة للدائن على أموال مدينه . اذا كانت هذه هى القاعدة ، فان هناك أموالا معينة يمنع القانون التنفيذ عليها استثناء من القاعدة العامة . وذلك اما لأن هذه الأموال لايجوز التنفيذ عليها نظرا لطبيعتها،واما لأن القانون يمنع التنفيذ عليها اعمالا لارادة الأفراد أو تحقيقا لمصلحة عامة أو خاصة .

ويراعى باديء ذى بدء أن المنع من التنفيذ على مال من الأموال انما يعتبر استثناء من القواعد العامة ، ولذلك فان الدائن لا يلتزم باثبات أن المال مما يجوز التنفيذ عليه وانما يقع على مدعى العكس (المدين) أن يطلب بطلان الحجز اذا ما تم على مال لا يجوز التنفيذ عليه[٤٨] ، وعلى المدين أن يثبت أن المال المحجوز عليه هو فعلا من الأموال التى يمنع القانون الحجز عليه ، وليس على المدين أن يقدم الى القاضى النص

---

(٤٧) انظر وجدى راغب ، ص ٢٩٠ .

(٤٨) حامد فهمى ، ص ١٨ ، هامش (٢) ؛ جلاسون ، المطول ، جـ ٤ ، بند ١٠٤٢ .

القانوني المانع من الحجز ، لأن هـذه هى مهمة القاضي وليست مهمة الخصوم .

والأموال التى لا يجوز التنـفيذ عليها ، لا يجوز الحجز عليهـا بجميع صوره ، حتى لو كان حجزا تحفظيا ، ولا اتخـاذ تدابير وقتية بشأنها كتعيين حارس قضـائى عليها لأن ذلك يؤدى الى حرمان المدين من ماله(٤٩) . وللفقهاء تقسيمات مختلفة للأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها ، فمنهم من يقسمها بحسب ما اذا كان المنع متعلقا بالنظام العام أو مقررا لمصلحة المدين ، وبحسب ما اذا كان المنع بمقتضى القانون أو تحقيقـا لارادة المدين ، وبحسب ما اذا كان المنع بمقتضى نصوص المرافعات أو نصوص قانونية أخرى(٥٠) ومن الفقهاء من يقسـم هذه الأموال الى أموال لا يجوز التنفيذ عليها اعتبارا بعدم جواز التصرف فيها أو بيعها ، وأموال منع المشرع حجزها بنصوص خاصة(٥١) . ومن الفقهاء من قسم هذه الأموال الى أموال لا يجوز حجزها بصفة مطلقة ، وأموال لا يجوز حجزها بصفة نسبية(٥٢) .

ومن جانبنا فاننا نصنف الأموال التى منع القانون التنفيذ عليها الى أموال بطبيعتهـا لا تقبل التنفيذ الجبـرى عليها وأموالا لا يجوز التنفيذ عليها اعمالا لارادة الأفراد ، وأموال لا يجوز التنفيذ عليها اعمالا لارادة المشرع نفسه ، وذلك على التفصيل الآتى :

---

(٤٩) ملوى الجزئية ١٩٧٦/١١/٥ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦ ، مشار اليه احمد ابو الوفا ، ص ٢٨٢ ، هامش (٢) .

(٥٠) جارسونية — المطول جـ ٤ بند ٦ ، جلاسون — جـ ٤ بند ١٠٤٠ ، ابو هيف بند ٢٨٥ ، حامد فهمى ، بند ١٣٨ وما بعدها .

(٥١) حامد فهمى بند ١٣٩ ص ١١٨ . ابو الوفا ، بند ١٢١ ص ٢٨٧ .

(٥٢) انظر المادتين ٥١٤ ، ٥١٥ من قانون المرافعات الايطالى كوستا ، المرافعات ١٩٧٣ ، بند ٤٠٩ ، ص ٥٤٣ ، ٥٤٤ .

المطلب الأول

الأموال التي لا يجوز التنفيذ عليها بسبب طبيعتهـا

٢٠٥ ـ تحديد :

رأينا أن الدائن يقوم بالحجز على أموال مدينه لبيعها بيعا قضائيا لاستيفاء حقه من الثمن المتحصل من بيعها ، وعلى ذلك فلا يجوز التنفيذ على الأموال التى لا يمكن بيعـها أو التصرف فيها بصـفة مطلقة نظرا لطبيعتها ومن هذه الأموال :

١ ـ الأموال العامة : Biens du domaine pullic

وهى تلك الاموال المملوكة للدولة أو أحد الأشـخاص الاعتبارية العامة والمخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسـوم ، أو قـرار من الوزير المختص فهـذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (المادة ١٨٧ من القانون المدنى) وسواء كانت هذه الأموال من المنقولات أو العقارات . ومن المعلوم أن الأموال العامة تفقد صفتها العـامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى خصصت من أجله تلك الأموال للمنفعة العامة (ق ٨٨ مدنى) وبانتفاء الصفة العامة عن الأموال العامة ، تصبح أموالا خاصة مملوكة للدولة ، وتصبح قابلة للتصرف فيها والحجز عليها وتملكها بالتقادم .

٢ ـ العقارات بالتخصيص :

وهى تلك المنقولات التى يضعها صاحب العقار فيه ويرصدها لخدمة هذا العقار واستغلاله (م ٨٢/٢ مدنى) وتكتسب هذه المنقولات الصفه

العقارية من تبعيتها للعقار . ولذلك لا يجوز حجزها كمنقولات مستقلة عن العقار لا باجراءات حجز المنقولات ، ولا باجراءات حجز العقارات ، وانما يشملها الحجز على العقار الذى رصدت لخدمته(٥٣) .

ومن ثم لا يجوز — باجراءات حجز المنقول — حجز المنقولات التى يضعها صاحب العقار فى العقار ويرصدها لخدمته كآلات الرى وماكينات الانارة ، وغيرها .

٣ — الأعيان الموقوفة :

وهى تلك الأعيان التى ينقطع حق التصرف فيها نظرا لوضعها على حكم ملك الله ، وعلى ذلك فلا يجوز الحجز عليها استيفاءلدين الواقف أو لدين على جهة الوقف لدين على مستحق(٥٤) .

٤ — بعض الحقوق العينية :

اذا كانت الحقوق العينية للمدين يجوز التنفيذ عليها الا أن هناك من الحقوق بحسب طبيعتها لا يجوز التنفيذ عليها وهى :

— **حق السكنى والاستعمال :** : اذ أن شخص صاحب الحق محل اعتبار فى هذين الحقين ، يستخدمه صاحب حق السكنى أو حق الاستعمال لحاجته أو حاجة أسرته . فلا يتصور انتقالهما بالبيع لغيره الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، وعلى هذا تنص صراحة المادة ٩٩٧ مدنى بقولها لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .

---

(٥٣) يلاحظ انه فى القانون الايطالى يجوز الحجز على العقار بالتخصيص على استقلال اذا لم يوجد منقولا آخر غيره مملوك للمدين ، ويكون ذلك بناء على طلب من المدين الى القاضى الذى يأذن بذلك (انظر المادة ٥١٠ مرافعات ايطالى) .

(٥٤) محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة ١٩٦١/٢/٢٧ المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٨٣٥ ، ١٩٥١/٩/٢٥ المحاماة ٣٢ ص ٧٠٨ ، استئنافة مختلط ١٩٣٦/٦/٩ المحاماة س ١٨ ص ٣٠٧ ، وجدى راغب ص ٢٩٥ هامش ٢٣١ .

— **حقوق الارتفاق** : لا يجوز الحجز على حقـوق الارتفاق على استقلال ، وانما يشملها الحجز على العقار المرتفق وذلك لصعوبة بيع هذه الحقوق[٥٥] .

— **حق الرهن الرسمي** : لا يجوز التنفيذ على هذا الحق مستقلا عن الحق المضمون به الرهن اذا لن يتزاحم على شراء الرهن (كما فى حقوق الارتفاق) عند بيعها بالمزاد الا دائن آخر للمدين فى حاجة الى تأمين خاص[٥٦] .

٥ — بعض الحقوق الشخصية :

القاعدة على جواز الحجز على الحقوق الشخصية كافة ، سواء كان ذلك بطريق حجز المنقول لدى المدين مباشرة ، مثل الأسهم والسندات متى كانت لحاملها أو قابلة للتظهير (م ٣٩٨ مرافعات) ، أو كان ذلك بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، مثل حقوق الدائنية ، أو الايرادات المرتبة والأسهم الاسمية وحصص الأرباح وحقوق الموصين (م ٣٩٩ مرافعات) .

غـير أن بعض الحقوق الشخصية تتأبى طبيعتهـا على الحجز وتستعصى على البيع ، من هذه الحقوق ما يلى :

— **الحقوق غير الماليـة** : وهى الحقوق التى لا يكون محلها مبالغ نقدية أو أشياء مادية مقومة : ومن ذلك الحقوق الشخصية التى يكون محلها أداء عمل أو امتناع عن عمل ، حيث لا يتصور بيع هذا العمل أو ذلك الامتناع[٥٧] . وكذلك الأوسمة والنيـاشين والتذكارات الشخصيه

---

(٥٥) انظر وجدى راغب ص ٢٩٦ ، حامد فهمى ص ١١٩ بند ١٣٩ ، ابو الوفا ص ٣٨٨ .

(٥٦) فتحى والى — ص ٢٠٥ ، حامد فهمى ص ١١٩ .

(٥٧) انظر وجدى راغب ، ص ٢٩٧ ، فتحى والى ، بند ٩٤ ، زانزوكى ، ج ١ ، ص ١٨٣ ، بند ٥٦ ، ساتا — المرافعات بند ٣٥١ .

والخطابات سواء قبـل وصولها الى المرسل اليه أو بعدة لما تحويه من أسرار لا تجوز اذاعتها[٥٨] .

ـ الحقوق الخاصة بالشخص والتى لاتجوز حوالتها : ومن أمثلتها الاشتراكات الخاصة فى السكك الحديدية وغيرها من وسائل المواصلات ، وكذلك الاشتراكات فى النـوادى الاجتماعية والخاصة ، أو الشهـادات الدراسية ، وحق الانتفاع بالعين المؤجرة اذا حظر المؤجر على المستأجر التنازل عن العين للغير أو تأجيرها من الباطن . أو اذا كان المستأجر غير ممنوع من التنازل عن العين المؤجرة أو من التأجير من الباطن . فيجوز توقيع الحجز على حق المستأجر[٥٩] .

ـ حقوق الملكية الأدبية :

الأصل أنه يجوز الحجز على سائر الحقوق ذات القيم المالية ومنها حقوق الملكية الأدبية ، الا أن الحقوق الأخيرة ، لما لها من طبيعة خاصة ، وتعلقها بحقوق معنوية للمؤلف ، فان الأنظمة تمنع التنفيـذ على هذه الحقوق ، لما فى ذلك من مســاس بسمعة المؤلف العلمية أو الفنية[٦٠] ، وتمنع الأنظمة الحجز على هذه الحقوق سواء كان فى جانبها الأدبى أو كان فى جانبها المالى .

وفى ذلك تنص المادة العاشرة من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ من أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » .

---

(٥٨) فتحى والى ، بند ٩٩ ، ص ١١٨ ، ١١٩ .

(٥٩) فتحى والى ـ الاشارة السابقة . نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٠ ، س ٢٣ ص ٨٣٥ . عكس ذلك عبد الخالق عمر ، بند ٣٤٧ .

(٦٠) انظر ساتا ، التنفيذ ، بند ١٥ .

يبين مما تقدم أنه لا يجوز الحجز على المصنفات الفنية أو الكتب المخطوطة قبل نشرها أو اذاعتها ، اذ لا يمكن الزام المؤلف بنشر أو اذاعة مؤلفه أو مصنفه أو اعادة نشره اذا كانت قد نفدت نسخه .

أما اذا تم نشر المصنف الأدبى أو اذاعته ، فانه يجوز الحجز على النسخة المطبوعة سواء كانت لدى المؤلف نفسه أو لدى الناشر أو المطبعة (م ١٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

كما يمكن الحجز على ما يستحقه من ثمن بيع هذه النسخ لدى الناشر أو الموزع .

— **حقوق الملكية الصناعية** : الأصل أن حقوق الملكية الصناعية تقبل التنفيذ الجبرى عليها : فيجوز الحجز على براءات الاختراع والنماذج والرسوم ، اذا كانت قد صدرت وأعلن عنها . ولكن لا يجوز ذلك اذا لم يكن قد أعلن عن هذه الاختراعات .

كما أنه يجوز الحجز على العلامات التجارية والأسماء التجارية ولكن مع الحجز على المحال التجارية أو الصناعية ذاتها . اذ لا يجوز الحجز استقلالا على تلك العلامات أو هذه الأسماء ، وذلك وفقا للرأى الراجح فى الفقه ، وما تنص عليه بالفعل المادة ١٨ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ .

— **الحساب الجارى :**

يثور الخلاف الفقهى حول جواز الحجز على الحساب الجارى للمدين تحت يد البنك . وقبل أن نعرض لهذا الخلاف . يجب علينا بادىء ذى بدىء أن نفرق بين نوعين من الحسابات لدى البنوك : حساب الوديعة compte de dépot والحساب الجارى compte courant

والنوع الأول من الحسابات يفتح بناء على طلب العميل ايداعه مبلغا نقديا منه ، ويكون للعميل الايداع فى هذا الحساب . وله حق السحب منه ، بشرط ألا تزيد قيمة مسحوباته فى أى وقت عن قيمة المبالغ المودعة

فى الحساب ، وهو الجانب المدين بالنسبة للبنك . ويلاحظ أن الحساب الذى يفتح لأحد الموظفين أو العاملين بقصد تحويل مرتبه على البنك وسحبه كله أو جزء منه بموجب شيكات ، يعد حساب وديعة[٦١] ، والقاعدة المسلم بها هى جواز الحجز على حساب الوديعة ، فيجوز لدائن صاحب الوديعة أن يحجز على الحساب تحت يد البنك . ويرد الحجز على الرصيد الدائن وقت الحجز[٦٢] ويلتزم البنك بمقتضى الحجز بتجميد هذا الرصيد والامتناع عن صرف أية مبالغ منه[٦٣] ، أما الحساب الجارى غالبا ما يتم بين البنك وأحد التجار ، ويفتح بمناسبة فتح اعتماد للعميل . ويحكم الحساب الجارى قاعدتين : قاعدة التجديد ومعناها أن ما يدفعه أحد طرفى الحساب يتحول بقيده فى الحساب من حق له كيان ذاتى الى مجرد بند فى الحساب ليس له هذا الكيان[٦٤] . وقاعدة أخرى هى قاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى فهو وحدة لا تتجزأ ، ولا يعرف من الدائن ومن المدين ؟ الا عند تصفية الحساب[٦٥] . وقبل تصفية الحساب فلا يوجد دين لأحد مستحق الأداء ، انما مجرد أصول وخصوم

---

(٦١) على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ١٩٥٨ ص ٤٤٩ ، على البارودى ، القانون التجارى ١٩٦٠ ، ص ٣٣٣ بند ٣٢٢ .

(٦٢) فتحى والى ، بند ١٠٢ ص ١٩٨/١٩٩ ، وجدى راغب ص ٢٩٧ .

(٦٣) عبد المنعم حسنى — الحجز تحت يد البنوك ، سنة ١٩٦٤ ص ٥١ — ٥٤ . ولكن يلتزم البنك بصرف الشيكات المسحوبة عليه اذا قدمت قبل اعلانه بورقة الحجز ، وان كان قد حكم فى فرنسا بالتزام البنك بصرف الشيكات المسحوبة قبل اعلان ورقة الحجز الى البنك ولو قدمت هذه الشيكات بعد اعلان البنك بالحجز (استئناف باريس ١٩٦٥/٤/٢٦) ، اشار اليه فتحى والى ، ص ١٩٩ هامش (٢) .

(٦٤) على البارودى — المرجع السابق ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٦٥) على البارودى — الاشارة السابقة ص ٢٥١ وما بعدها ، مصطفى كمال طه — الوجيز فى القانون التجارى ، سنة ١٩٧٠ ، ج ٢ ، ص ٤٨٩ .

فى الحساب تتقاص بعضها مع بعض ، وتعتبر التزامات الطرفين متقابلة ولا تقبل التجزئة ، ويعتبر كل رصيد دائن قبل قفل الحساب مخصصا للوفاء بحق الطرف الآخر .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز توقيع الحجز على الحساب الجارى قبل تصفيته والا كان باطلا ، كما أن الحجز بمعرفة دائن العميل لا يمنع البنك من الدفع للعميل ما يلتزم البنك بدفعه له(٦٦) ، الا أن هذا القول يؤدى الى الاضرار بالائتمان التجارى ، نظرا لاخراج ضمان هام لحق الدائن من متناول يده ، الأمر الذى يشجع المدين سيىء النية الى التهرب من الوفاء بالتزاماته ، بوضع أمواله كلها فى حساب جار لمدة غير محدودة، حتى يمنع دائنه من الحجز على هذه الأموال ، أو قد يسحب كل رصيده الدائن قبل قفل الحساب ولو بيوم واحد حتى لا يجد دائنه فى الحساب ما يحجز عليه(٦٧) . ولهذه العيوب فقد أخذ القضاء فى التخفيف من آثار هذه القواعد بوسائل متعددة ، فضيقت بعض الأحكام من اعتبار بعض الحسابات حسابات جارية واعتبرتها حسابات وديعة يمكن الحجز عليها ، وبعض الأحكام الأخرى قررت قفل الحسابات الجارية اذا كانت لمدة غير محــددة ، مرة كل ثلاثة أشهر يصفى الحســاب مؤقتا فيها ، ويرد الحجز ويرتب أثره على الرصيد المؤقت التالى لاعلان الحجز(٦٨) .

وكذلك قضى بأنه اذا كان الحساب الجارى لمدة غير محدودة ، وأن لكل طرف الحق فى تصفية الحساب فى الوقت الذى يختاره ، كان للدائن

جارسونية ، جـ ٤ بند ١٩٢ .

(٦٧) وجدى راغب ص ٢٩٨ ، فتحى والى ص ٢٠٠ ، على البارودى المرجع السابق ص ٣٥٤ ، على جمال الدين ، المرجع السابق ص ١٤٨ .

(٦٨) استئناف باريس ١٩٣٩/٢/٢٣ — مجلة القانون المدنى ، ١٩٣٩ ص ٨٢٣ مشار اليه فتحى والى ص ٢٠٠ .

أن يحجز على الحساب ، واعلان الحجز يعد بمثابة استعمال الدائن لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة فى اقفال الحساب[٦٩] .

وعلى هذا ذهب رأى[٧٠] الى جواز الحجز على الحساب الجارى قبل تصفيته ، وعلى البنك ايقاف حركة الحساب لحظة واحدة تكفى لعمل تصفية مؤقتة تكشف عن مراكز الطرفين من حيث الدائنية والمديونية ، فاذا وجد رصيد دائن للمحجوز عليه وقت الحجز التزم البنك بعدم التصرف فيه . وان كان البعض يرى أن المسألة تحتاج الى تدخل تشريعى يجيز الحجز على الحساب الجارى[٧١] .

المطلب الثانى

الأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها اعمالا لارادة الأفراد

٢٠٦ — تحديد :

فضلا عن الأموال السابقة التى لايجوز الحجز عليها نظرا لطبيعتها فان هناك أموالا لا يجوز التنفيذ عليها تلبية لارادة الأفراد ، التى تشترط عدم الحجز عليها أو عدم التصرف فيها ، وذلك احتراما من المشرع لمبدأ سلطان الارادة ، وهذه الأموال هى :

---

(٦٩) محكمة السين ١٩٤١/١/٧ ، سيرى ١٩٤١ — ٢ ج ٤ استئنافة باريس ١٩٤٩/١١/٩ ، فتحى والى ص ٢٠١ هامش (٣) .

(٧٠) عبد المنعم حسنى — الحجز تحت يد البنوك سنة ١٩٦٤ بند ٣٨ ص ٦٢ وما بعدها ، عبد الحى حجازى — العقد التجارى سنة ١٩٥٤ ص ٣٢٧ وما بعدها . وذهب البعض الى ضرورة تدخل المشرع والسماح بالحجز على الحساب الجارى محافظة على الائتمان التجارى ، على البارودى المرجع السابق ص ٣٥٥ وما بعدها بند ٢٣٨ ، على جمال الدين عوض — آثار الحساب الجارى — دراسة التطور القضائى — مجلة القانون والاقتصاد س ٣٠ بند ٦٠ ص ٣٠ .

(٧١) فتحى والى ، ص ٢٠١ بند ١٠٢ ، وجدى راغب ص ٢٩٨ .

١ — الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع شرط عدم الحجز عليها :

اذا وهب شخص أو أوصى بمال معين ، وأراد أن يظل هـذا المال بمنأى عن الحجز ، تحت يد الموهوب له أو الموصى له ، ضمانا لبقاء هذا المال مدرا لغلته ، كان له ذلك ، احتراما من المشرع لارادة الواهب أو الموصى ، بحيث لا يجوز لدائن الموهوب له أو الموصى له الحجز على المال الذى دخل ذمة مدينهم دون مقابل ولا يكون للدائنين أن يعولوا على هذا المال[٧٢] .

وقد نصت المادة ٣٠٨ مرافعات على أن الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتـــراط عدم جواز الحجز عليهـــا لا يجوز حجزها من دائنى الموهوب له أو الموصى له ، الذين نشأت ديونهم قبل الهبة أو الوصية الا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المحددة ، من هذا يتضح أن المشرع جعل منع الحجز على هذه الأموال الموهوبة أو الموصى بها رغم وجود الشرط المانع من الحجز منعا نسبيـــا لا مطلقا . وعلى ذلك يجوز الحجز على الأموال فى حالتين :

— **استيفاء لدين نفقة مقررة** ، ولو نشأت قبل نفاذ الوصية أو الهبة بشرط ألا يتجاوز الحجز ربع المبالغ الموهوبة أو الموصى بها .

— **استيفاء لديون نشأت بعد الهبة أو الوصية** : ذلك لأن الدائنين بهذه الحقوق قد عولوا فى تعاملهم مع المدين على تلك الأموال التى فى ذمة مدينهم ، سواء كانت قد دخلت فى ذمته بمقابل أو بغير مقابل .

ويلاحظ أن الشرط المـــانع من الحجز على الأموال الموهوبـــة أو الموصى بها أو المخصصة للنفقة ، شرط غير مخالف للنظام العام ، كما أنه يتصل فقط بشخص الموهوب له أو الموصى له ولذلك لا يجوز لغيره كورثته أو خلفه الخاص التمسك بهذا الشرط[٧٣] .

---

(٧٢) انظر وجدى راغب ص ٢٩٩ . فتحى والى ص ٢٠١ ، بند ١٠٣ ، ابو الوفا — اجراءات — ٢٢٣ ، حامد فهمى بند ١٤٥ ص ١٢٥ .

(٧٣) حامد فهمى ، بند ١٤٥ ص ١٢٦ ، ابو الوفا ص ٢٩٤ .

٢ — الأموال المشترط عدم التصرف فيها :

أجاز القانون المدنى اشتراط عدم جواز التصرف فى المال المباع أو الموصى به اذا كان مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد منه حماية مصلحة مشروعة ، سواء كانت للمتصرف أو للمتصرف اليه أو لغيرهما ، وتكون المدة معقولة ولو استغرقت حياة المتصرف أو المتصرف اليه ، أو الغير (م ٨٢٤ مدنى) .

ويترتب على ذلك بطلان التصرف الذى يرد على المال الممنوع التصرف فيها تشمل الديون كافة سواء نشأت قبل العقد المقترن بالشرط أو الحجز على المال المبيع أو الموصى به طالما كان المنع من التصرف قائما[٧٤] ، وذلك احتراما لارادة المشترط ، وهذه الارادة تتضمن حتما منع حجزه والتنفيذ عليه .

ويلاحظ أن المنع من الحجز على هذه الأموال المقترنة بعدم النصرف فيها تشمل الديون كافة سواء نشأت قبل العقد المقترن بالشرط أو بعده ، وأيا كانت طبيعة الدين المراد الحجز من أجله ولو كان دين نفقة مقررة[٧٥] وذلك تحقيقا لرغبة المشترط .

ومع ذلك فان هناك من يرى جواز الحجز على الأموال المقترنة بالشرط اذ لم يتعارض الحجز مع حكمة الشرط[٧٦] كأن يشترط البائع

---

(٧٤) احمد سلامة : الملكية الخاصة سنة ١٩٦٨ بند ٨٣ س ٢٤٠ ، ٢٤٢ ، لبيب شنب ، الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٣ بند ٢٥٣ ص ٢٦٦. ويرى اسماعيل غانم استمرار المنع من التصرف فى المال المقترن بالشرط حتى بعد انتهاء مدة الشرط اذا كان مقررا لحماية المالك من سوء تصرفه (الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٦١ ج ١ ص ٩٣) .

(٧٥) حامد فهمى ، بند ١٤٦ ، ص ١٢٦ ، جلاسون ، ج ٤ بند ٨ ، ١٠ ، ص ١٣٣ .

(٧٦) احمد سلامة — المرجع السابق بند ٨٣ ص ٢٣٩ ، لبيب شنب المرجع السابق ، ص ٢٦٦ هامش ٥٦ ، رمزى سيف — قواعد تنفيذ الأحكام ص ١٣٨ ، جلاسون المطول ج ٤ ، بند ١٥٨ ، ص ١٣٢ .

(الذى لم يقبض الثمن) على المشترى عدم التصرف فى العقار المبيع ، الى أن يتم سداد كامل الثمن ، وذلك حتى يضمن التنفيذ عليه تحت يد المشترى اذا لم يقم بسداد الثمن ، فهذا الشرط لا يمنع دائن آخر من الحجز على العقار نفسه ، اذ لن يضر بالدائن البائع الذى له حق امتياز على العقـــار فى استيفاء حقه من حصيلة التنفيـــذ اذا ما بيع العقار[٧٧] .

المطلب الثالث

الأموال التى لا يجوز التنفيـــذ عليها بنصوص قانونيـــة

٢٠٧ ــ تحديد وتقسيم :

فضلا عما تقدم من بيان الأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها ، فان هناك أموالا أخرى يمنع المشرع التنفيذ عليها اما تحقيقا لمصلحة عامة أو رعاية لمصلحة خاصة .

الفرع الأول

الأموال التى لا يجوز التنفيـــذ عليها تحقيقا لمصلحة عامة

٢٠٨ ــ تحـــديد :

ورد النص على المنع من التنفيـــذ على هذه الأموال فى نصوص خاصة متفرقة مستهدفا المشرع فيها تحقيق المصلحة العامة ، ســـواء كانت مصلحة اقتصادية بحتة ، أو انتظام العمل فى المرافق العامة أو مصلحة التجارة :

---

(٧٧) وجدى راغب ص ٣٠٠ -- ٣٠١ .

(ا) المصلحة الاقتصادية العامة :

١ — شهادات الاستثمار وودائع التوفير :

تنص المادة الثالثة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ ، على عدم جواز الحجز على قيمة شهادات استثمار البنك الأهلى أيا كان نوعها أو على ما تغله من فائدة أو جائزة أو على قيمة استردادها أو استحقاقها فى حدود خمسة آلاف جنيه ، والحكمة من ذلك هو تحقيق مصلحة عامة اقتصادية تتمثل فى زيادة مدخرات الأفراد عن طريق تشجيعهم على الادخار ، مما يخدم الاقتصاد القومى ، ومع ذلك يجوز الحجز على هذه الأموال بعد وفاة صاحبها استيفاءا للضريبة التركات ورسم الأيلولة .

وللمحكمة نفسها يمنع المشرع الحجز على المبالغ المودعة فى صنادق توفير البريد (المادة ٢٠ من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٤) ، الا اذا توفى المودع فان الحصانة ضد الحجز المقررة على أمواله تزول لانقضاء عملية الادخار[٧٨] .

واذا كان هذا المنع يغنى عنه غالبا قانون الخمسة أفدنة ، الا أنه يتميز عنه بأن عدم جواز الحجز على الأراضى الموزعة طبقا لقانون الاصلاح الزراعى مقرر للمصلحة العامة وليس لمصلحة الفلاح ، ومن ثم يمكن للمحكمة من تلقاء نفسها ولكل ذى مصلحة التمسك به[٧٩] .

(ب) انتظام سير المرافق العامة :

ومن ناحية أخرى ، فقد حظر المشرع الحجز على الأموال اللازمة لسير المرافق العامة ، من المنشآت والأدوات والآلات والمهمات

---

(٧٨) نقض مدنى ١٩٥٤/٥/٢١ مجموعة القواعد جـ ١ رقم ١٩ ص ٥١١ . فتحى والى ، ص ٢٢٦ بند ١١١ .

(٧٩) المادة ٨ مكرر من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة والمضافة بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ .

المخصصة لادارة وتشغيل المرافق العامة[٨٠] . ولايجوز الحجز على هذه الأموال ولا اتخاذ أية اجراءات تنفيذية بشأنها ، بالرغم من أن هذه الأموال ليست من الأموال العامة . ولعل الحكمة من ذلك هو المحافظة على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد . وسواء بعد ذلك أكانت ادارة هذه المرافق العامة وتسييرها تتم مباشرة بمعرفة الدولة أو أحد الأشخاص العامة ، أو تتم بمعرفة شركة أو شخص من أشخاص القانون الخاص[٨١] .

(ب) مصلحة التجارة :

يحرص المشرع فى الأنظمة المختلفة على رعاية التجارة والحياة التجارية ، لما فى ذلك من تحقيق للمصلحة العامة ، حيث أن انتظام التجارة وتسيير تداول عناصرها من الأمور الرئيسية والهامة بالنسبة للاقتصاد القومى . ومن وسائل اهتمام المشرع بالتجارة فى عمومها نراه قد منع الحجز على بعض أدواتها ووسائلها : من ذلك ما يلى :

١ — عدم جواز الحجز على الأوراق التجارية :

من الثابت أن عماد التجارة السرعة والائتمان ، وأن تشجيع الائتمان يستلزم بالضرورة التأكيد على دور أدواته وسرعة تداوله . ولذلك نجد أن المشرع فى الأنظمة المختلفة ، قد نظم الأوراق التجارية Jes elleto de commerce ، وطريقة تداولها بطريقة سهلة عن طريق تسليمها أو تظهيرها . ولا شك أن فى جواز الحجز على هذه الأوراق التجارية ما يعرقل تداولها الأمر الذى يضر بالائتمان التجارى . ولذا تنص المادة ١٤٨ من القانون التجارى المصرى على عدم جواز الحجز على الدين الثابت بالكمبيالة تحت يد ساحبها أو من سحبت عليه الا فى حالة ضياعها أو افلاس حاملها .

---

(٨٠) نصت على هذا المادة ٨ مكرر من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة ، والمضافة بالقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ .

(٨١) نقض ١٩٦٢/١١/١ ، مجموعة النقض ، س ١٣ ، ص ٩٧٣ .

ومن المقرر أن هذا المنع وان ورد بالنسبة للكمبيالة فانه يسرى أيضا على كل من الشيك والسند الاذنى للحكمة نفسها من المنع .

ومن الملاحظ أن المنع من حجز الأوراق التجارية انما يكون عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير ، حيث انه ليس هناك ما يمنع من الحجز المباشر لدى المدين على هذه الأوراق اذا وجدت فى حيازة المدين[٨٢] .

٢ — السفن المتأهبة للسفر :

تنص المادة ١/٢٩ من قانون التجارة البحرية على عدم جواز الحجز على السفن المتأهبة للسفر . ولعل الحكمة من هذا المنع تكمن فى تحقيق مصلحة التجارة ، وعدم تعطيل السفن لما فى ذلك من أضرار تصيب العاملين على تلك السفن والقائمين على نقل وشحن البضائع والسلع ، والتجار أصحاب هذه السلع سواء المصدرين منهم أو المستوردين[٨٣] .

وتعتبر السفن متأهبة للسفر اذا حصل ربانها من السلطات المختصة على الأوراق والمستندات المجيزة له السفر أى جوازات السفر (م ٢/٢٩ من القانون البحرى) .

ولكن يجوز الحجز مع ذلك ، على هذه السفن من أجل استيفاء الديون الناشئة عن تجهيز السفينة ذاتها للسفر ، كثمن ما تم توريده لها من مؤن أو وقود لازم لابحارها ، ولكن يرفع الحجز عن السفينة اذا قدمت كفالة للوفاء بهذه الديون .

---

(٨٢) محمد حامد فهمى ، بند ١٥٣ ، ابو الوفا ، بند ١٣٤ ، ص ٣٠٤ ؛ رمزى سيف ، بند ١٤٤ ، ص ١٤٧ .

(٨٣) رمزى سيف ، بند ١٤٥ ، محمد حامد فهمى ، بند ١٥٤ ، ابو الوفا ، بند ١٣٥ ، ص ٣٠٤ .

الفرع الثـانى

الأموال التى لا يجوز التنفيـذ عليها رعاية لمصلحة خاصـة

٢٠٩ — تحديد وتقسيم :

يمنع المشرع التنفيذ الجبرى على بعض الأموال المملوكة للمدين رعاية لمصلحته الخاصـة وأسرته ، ويستلهم المشرع من هذه الحالات فكرة انسانيـة هى الرحمة بالمدين فالتنفيذ يجب ألا يجرد المدين من وسائل استمرار حياته وكرامته الانسانية[٨٤] ، اذ يجب أن تترك له الأموال اللازمة لاستمرار وحياة المدين ومعيشته وأسرته ، ومباشرة أعماله ، فتبقى هذه الأموال بمنأى من التنفيذ عليها ، وبيعها وفاء لما عليه من ديون والأموال التى لا يجوز التنفيذ عليها لهذه الحكمة هى :

أولا : وسائل المعيشة اللازمة للمدين وأسرته

٢١٠ — لا يجوز الحجـز على ما يلزم المدين وزوجـه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب ، المقيمين معه فى معيشة واحدة ، من الفراش والثيـاب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر (م ٣٠٥) ويقصد بالفراش الأمتعـة الضرورية اللازمة للنوم مثل الأسرة ولوازمهـا من أغطية وبياضات دون غيرها من أثاث المنزل[٨٥] وكذلك لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وأقاربه وأصهاره المقيمين معه من ثياب داخليـة أو خارجية ، وسـواء كانوا يرتدونها وقت الحجز أم كانت محفوظة فى

---

(٨٤) انظر وجدى راغب ص ٣٠٣ .

(٨٥) يلاحظ ان المشرع الايطالى يتوسع فى المنع من الحجز على وسائل المعيشة فيشمل المنع فضلا عن الأسرة والأغطية مائدة الطعام ومقاعدها ، ودواليب الملابس والأدراج والثلاجة والدفايات وافران البوتاجاز والغسالات وأدوات المطبخ (م ٥١٤ ايطالى ؛ وكوستا : ص ٥٤٣ .

الدواليب[٨٦] ، ولا شــك أن المقصود بالثيــاب هو ما يرتديه الانسان من ملابس أيا كانت مسمياتها ، داخلية كانت أم خارجية ، وعلى ذلك لا يعتبر ثيابا الحلى والمجوهرات التى يتحلى بها المدين وأفراد أسرته • ويشترط للمنع من الحجز على هذه الأشياء أن تكون لازمة لاستعمال المدين وأقاربه وأصهاره المقيمين معه بحسب مكانة المدين الاجتماعية وحالته الصحية[٨٧] •

ويلاحظ أن المشرع قــد اشترط بالنسبة للأقارب والأصهــار أن يكونوا على عمود النسب فقط كأصول المدين وان علوا (كالأب والجد ، وجد الجــد) وفروعه وان نزلوا (كالأبناء وأبناء الأبنــاء) وكذلك أصول زوجته وفروعها • وعلى ذلك لا يندرج فى مفهوم الأقارب فى هذه المادة اخوة المدين وأعمامه ، أو أخوة الزوجة وأعمامها • كما يجب فى الأقارب والأصهار أن يكونوا من المقيمين مع المدين فى معيشة واحدة •

وكذلك لا يجوز الحجــز على ما يلزم المــدين وأسرته وأقاربه وأصهاره المقيمين معه من مواد غذائية لمدة شهر أيا كان نوع هذه المواد اى ســواء كانت حبوبا أم كانت دقيقا أو غــير ذلك من مواد غذائية استهلاكيــة[٨٨] ، من المأكولات المحفوظة كاللحوم والدواجن والخضر ونحوها ، واذا لم يكن وقت توقيع الحجز مع المدين الا أموالا سائلة ، ولم يكن عنده مواد غذائية • فالراجح أن يترك له من النقود ما يكفى

---

(٨٦) كان القانون القديم يمنع الحجز على اثياب التى يرتديها المدين وقت الحجز دون غيرها •

(٨٧) انظر عبد المنعم حسنى — منازعات التنفيذ سنة ١٩٨٨ ص ١٠ — ١٠١ ملحق مجلة المحاماه ص٨٨/٨٩ ، عبد العزيز بديوى — الوجيز فى قواعد واجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ فى قانون المرافعات ، الطبعة الأولى سنة ١٩٧٤ ص ١٢١ •

(٨٨) كان القانون القديم يمنع الحجز على الحبوب أو الدقيق فقط دون غيرها .

لشراء ما يلزمه وعائلته من مواد غذائية لمدة شهر[٨٩] . وتقدير ما يكفى المدين من هذه المؤن هو من اطلاقات سلطة القاضى التقديرية .

والعلة من عدم جواز الحجز على هذه الأشياء هى المحافظة على حياة المدين صونا لكرامته ، وتمكينا له من أداء عمله ومزاولة نشاطه ، ولذلك فان المنع مطلق بالنسبة لجميع الديون بلا استثناء . وان كان غير متعلق بالنظام العام ، حيث شرع لمصلحة المدين ، ومن ثم يكون له وحده حق التمسك به .

ثانيا : الأدوات اللازمة لمباشرة المهنة

٢١١ — حرصا من المشرع على استمرار المدين فى مزاولة نشاطه ومهنته منع الحجز على الأدوات اللازمة لهذه المهنة الا اقتضاء ثمنها (م ٣٠٦) حتى يتمكن المدين من الاستمرار فى حياته اليومية والحصول على قوته حتى لا يصبح عاجزا عن الكسب وعالة على المجتمع[٩٠] . وتشمل هذه الأموال ما يأتى :

٢١٢ — الكتب وأدوات المهنة أو الحرفة :

نصت المادة ٣٠٦/١ من قانون المرافعات الحجز على ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه ، وذلك أيا كانت هذه الحرفة أو المهنة ، وأيا كانت قيمة هذه الكتب أو الأدوات أو المهمات طالما كانت لازمة لمباشرة المهنة أو الحرفة .

وعلى ذلك لا يجوز الحجز على الأدوات اللازمة لمباشرة مهنة الطب ، ولا آلات التصوير بالنسبة للمصورين ، ولا مستلزمات الحرفيين كأدوات النجارة والحدادة وغيرها . كما لا يجوز الحجز على مكاتب المحامين ولا أدواتهم من كتب وكل ما يلزم لمزاولة مهنة المحاماه .

---

(٨٩) محمد حامد فهمى ، بند ١٥١ ص ١٢٣ ، احمد أبو الوفا — اجراءات ص ٢٩٠ — وجدى راغب ص ٢٠٤ ، رمزى سيف ص ١٤٥ ، عكس هذا الراى عبد الباسط جميعى ، نظام التنفيذ ، بند ١٠٠ ص ٩٣ .

(٩٠) وجدى راغب ، ص ٣٠٥ .

مع مراعاة أن المادة ٥٥ من قانون المحاماه الجديد رقم ١٧/١٩٨٣ قد نصت على عــدم جواز الحجز على مكتب المحامى وكافة محتــوياته المستخدمة فى مزاولة المهنة » وذلك اتفاقا مع ما تقضى به المادة ١/٣٠٦ من قانون المرافعات • وذلك على خلاف ما كانت تقضى به المادة ١٠١ من قانون المحاماه القديم التى كانت تمنع الحجز على كتب المحامى أو أثاث مكتبه • ولا شك أن القانون القديم كان أفضل فى صياغته ونطاق ما تشمله حصــانة المكتب من القانون الجديد ، حيث كانت تقرر عدم جواز الحجــز على أثاث المكتب أيا كانت طبيعتها وقيمتهــا فى حين أن القانون الجديد لا يمنع الحجز الا على الأثاث اللازم لمباشرة المهنة ، ومن ثم فلا يشمل الحظر مثــلا أجهزة التكييف أو الأجهزة الكهربائيــة بحجة أنها لا تلزم لمباشرة مهنة المحاماه •

هذا ولا يسرى هذا المنع الا على الأدوات والمهمات اللازمة لمباشرة المهنة ذاتها أو الحرفة ، وبشرط أن يزاولها المدين بنفسه ، أما الأدوات التى لا يستخدمها المدين بنفسه فلا يشملها الحظر •

وعلى ذلك فالأدوات والمهمات اللازمة لتشغيــل مصنع أو منشأة حرفية أو صناعية ، والتى يستخدمها عمال المصنع أو المنشأة لا تدخل فى مفهوم هذا الحظر •

٢١٣ — ٢ — اناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين وأسرته :

كما تمنــع المادة ٢/٣٠٦ من قانون المرافعات الحجــز على اناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين فى معيشته هو وأسرته ، وما يلزم هذه الماشية من غــذاء لمدة شهر • وذلك مراعاة من المشرع لظروف صغار الفلاحين الذين يعولون فى حياتهم على اناث الماشية وما تدره عليهم من رزق يتمثل فى ادرارها لبنا ، وما تلعبه فى معيشتهم من دور بارز يتمثل فى استخدامها فى زراعة الأرض أو تأجيرها للغير •

والمنع يقتصر على اناث الماشية من الأبقار وغيرها ، دون ذكورها ولا يمتد الا الى الاناث اللازمة لمعيشة الفلاح واسرته • ولا يشترط

فى هذه الماشية أن يستعملها المدين بنفسه ، بل يجب أن يكون منتفعا بها ولو عن طريق تأجيرها الغير • كما يشمل الحظر ما يلزم لغذاء هذه الماشية •

ويلاحظ أن المنع الوارد فى تلك الفقرتين السابقتين ليس حظرا مطلقا وانما هو منع نسبى ، حيث يجوز الحجز على هذه الكتب أو تلك الأدوات أو اثاث الماشية استيفاء لثمنها أو مصاريف صيانتها ، أو وفاء لنفقة مقررة محكوم بها للأقارب أو الأزواج •

ثالثا : المبالغ المخصصـــة للنفقة أو للصرف منها

٢١٤ ــ ١ ــ النفقات المحكوم بها :

تقضى المادة ٣٠٧ من قانون المرافعـــات بعدم جواز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة • والمبالغ المقررة للنفقة هى المبالغ المحكوم بها لنفقة أحد الأزواج أو الأقارب • أما المبالغ المرتبة للنفقة فيقصد بها المبالغ المحكوم بها للنفقة المؤقتة حتى تمام الفصل فى الدعوى الموضوعية أو ما يحكم به من تعويضات مؤقتة حتى يفصل فى دعوى التعويض النهائى •

وشرط أعمال هذا المنع هو صدور حكم بالنفقة ، وعلى ذلك فلايسرى المنع من الحجز على النفقة المقررة بموجب اتفاق من الأطراف ولو ورد هذا الاتفاق فى عقد رسمى •

فلا يسرى المنع من الحجز على النفقة المقررة بموجب اتفاق من الأطراف ولو ورد هذا الاتفاق فى عقد رسمى •

٢١٤ ــ ٢ ــ الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة :

كما لا يجوز الحجز على الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة ، أيا كانت طبيعـــة هذه الأموال ، منقولات كانت أم عقـــارات ، وسواء كانت المنقولات أموالا نقدية أم منقولات مادية ، وسواء كان أداء هذه الأموال بصفة منتظمة مستمرة أو بصفة متقطعة •

٢١٥ — ٣ — المبالغ المخصصة للصرف منها فى غرض معين :

كما تمنع المادة ٣٠٧ كذلك الحجز على ما يحكم به القضاء للصرف منها فى غرض معين ، كالمبالغ التى يحكم بها على الأب لتعليم ابنه أو علاجه أو لتجهيز البنت للزواج[٩١] • أو المبالغ المحكوم بايداعها خزانة المحكمة على ذمة الخبير أو الشاهد أو للتنفيذ المعجل • وشرط اعمال هذا الحظر أو يتم تخصيص المبالغ للصرف منها فى غرض معين بموجب حكم قضائى •

ومن المقرر أن المنع من الحجز على مبالغ النفقات أو المحكوم بها للصرف منها فى وجه معين هو منع نسبى ، حيث يجوز الحجز على هذه المبالغ استيفاء لدين نفقة مقررة على الشخص وفى حدود ربع هذه المبالغ •

رابعا : الأجور والمرتبات والمعاشات والمكافآت

٢١٦ — حرصا من المشرع على حياة الموظف أو العامل أو المستحقين للمعاش ، والذى يعتمد فى معيشته على ما يتقاضاه من أجر أو مرتب أو معاش ، وضمانا لاطمئنان الموظف على حياته ، وعملا على تسيير دولاب العمل الحكومى والمنشآت التى يعمل بها العامل أو الموظف ، فانه يمنع الحجز على جزء مما يتقاضاه العامل أو الموظف يكون محصنا ضد التنفيذ عليه ، بحيث يبقى خالصا له ، يعينه على استمرار معيشته هو ومن يعول •

وبالفعل نجد أن المشرع المصرى قد وضع تنظيما عاما لهذا الحظر فى المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات ، ثم وضع نصوصا أخرى خاصة بالحجز على مرتبات أو معاشات موظفى الحكومة وفروعها[٩٢] ، وأخرى

---

(٩١) حامد فهمى ، بند ١٤٣ — ص ١٢٤ •

(٩٢) القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٣ •

خاصـة بالعاملين بالقطاع الخاص[٩٣] ، وبالخاضعين لقانون التأمين الاجتماعى[٩٤] ، وبأعضاء الهيئات النيابية .

ونذهب مع البعض[٩٥] أن المشرع لم يكن بحاجة الى وضع كل هذه النصوص الخاصة بحماية الأجور والمعاشات ، والتى قد تختلف باختلاف فئات الخاضعين لها .

ولم يكن بحاجة الى ذلك ، نظرا لوحدة العلة من المنـع بالنسبة لمختلف الطوائف وكان من الملائم أن يكتفى المشرع بما قررته المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات ، اعتبارا بأنها تمثل تنظيما عاما لحماية الأجور والمرتبات والمعاشات بالنسبة للعاملين كافة .

ولكن فى ظل الوضع القائم ، علينا أن نعرض لهذا التنظيم العام الوارد فى المـادة ٣٠٩ مرافعات ، ثم نتبـع ذلك بالتنظيمات الخاصة الواردة فى القوانين الأخرى .

٢١٧ — ١ — التنظيم العام للمنع من الحجز على المرتبات والأجور :

ورد هذا التنظيم العام فى المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات ، ولذلك تسرى أحكام هذه المادة على كل الأجور والمرتبات التى لم يرد بشأنها نص خاص فى قانون آخر . ولهذا فهى تسرى على غير الطوائف التى نظمت الحجز على مرتباتها قوانين خاصة ، أى تسرى على غير موظفى الحكومة ووحداتها وفروعها ، وعلى غير العمال الخاضعين لقانون العمل ، وعلى غير الخاضعين لقانون التأمين الاجتماعى .

وتمنع المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات الحجز على الأجور والمرتبات الا بمقدار الربع ، يخصص — عند التزاحم — نصف الربع للوفاء بديون النفقة المقررة بأحكام قضائية ، والنصف الآخر لما عداها من ديون .

---

(٩٣) المادة ٤١ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

(٩٤) المادة ١٤٤ من قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ .

(٩٥) وجدى راغب ، ص ٣٠٧ — ٣٠٨ .

والممنوع من الحجز وفقا لهذه المادة هو كل ما يتقاضاه العامل أو الموظف من أجـر أو مرتب مقابل عمـله ، وكذلك المكافآت والرواتب الاضافية والاعانات والبدلات المقررة .

ومع ملاحظة أنه يجوز الحجز على هذه الأموال فى حدود الربع وفاء لأى دين من الديون .

٢١٨ — ٢ — التنظيمات الخاصـة للمنع من الحجز على مرتبات بعض الطوائف :

١ — مرتبات موظفى الحكومة ومعاشاتهم :

تمنـع المادة الأولى من القانون ٦٤ لسنة ١٩٧٣ الحجـز على ما يستحقه موظفى أو عمال الحكومة أو المصالح العامة أو المحافظات ومجالس المدن والمجالس القروية والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها من مرتب أو أجر أو ما يستحقونه هم أو ورثتهم بعد نهاية الخدمة من مكافأة أو معاش أو حق فى صندوق الادخار أو التأمين أو اعانة أو بدلات .

كما يشمل المنع المبالغ الملحقة بالأجر أو المرتب ، مثل علاوة الغلاء أو بدل التمثيل أو الاغتراب ، ولكنه لا يشمل المبالغ الأخرى التى تكون مستحقة للعامل مثل التعويض عن الاصابة بسبب العمل(٩٦) .

والأمر الذى لاشك فيه أن علة هذا المنـع تكمن فى رعاية الموظف واسرته الذين يعولون فى حياتهم ومعيشتهم على المرتب أو الأجر أو المعاش الذى يتقاضاه أو يتقاضونه بصفة دورية ، وفى الوقت نفسه فى أن هذا المنع من شأنه ضمان حسن سير العمل بالادارات(٩٧) الحكومية أو وحـدات الادارة المحلية ، الذى يتحقق باطمئنـان الموظف وعدم

---

(٩٦) فتحى والى — بند ١٠٩ ، ص ٢١٢ .

(٩٧) فتحى والى — الاشارة المتقدمة . قارن محمد حامد فهمى بنـد ١٤٨ ، ص ١٢٨ .

للسالة بتدبير ما يوازى مرتبه أو أجزه اذا ما ابيح الحجز عليه ، لمواجهة أعباء المعيشة .

هذا واذا كان العامل أو الموظف أو مستحق المعاش قد توفى ، فان ما لم يكن قد قبضه من مرتبات أو معاش استحقت له قبل وفاته ، لا تعتبر تركة ، بل تحتفظ بذاتيتها وصفتها ، وبالتالى لا يكون الحجز عليها جائزا الا فى الحدود المقررة وبالنسبة للديون التى لا يسرى عليها المنع[٩٨] .

والمنع من الحجز على مرتبات موظفى وعمال الحكومة ومعاشيهم ليس منعا مطلقا ، وانما يجوز الحجز عليها وفاءا لديون معينة ، وفى الحدود المسموح بها قانونا .

* **الديون الجائز الحجز بمقتضاها على المرتبات :**

يجيز القانون توقيع الحجز على مرتبات موظفى الحكومة وعمالها ومن فى حكمهم وكذلك على ما يستحقونه أو ورثتهم من معاش استيفاء لنوعين من الديون هما :

ــ الديون المستحقة للجهة التى يعمل بها الموظف أو العامل بسبب يتعلق بوظيفته[٩٩] ، أو لاسترداد ما صرف له دون وجه حق من مرتب

---

(٩٨) وهو ما قننه القرار رقم ١ لسنة ١٩٦٢ المنشـــور فى الجريدة الرسمية فى اول يناير سنة ١٩٦٢ جميعى ــ نظام التنفيذ ، بند ١٢٥ مشار اليه فى فتحى والى هامش ٢ وحسم الخلاف الذى كان سائدا حول هـــذه النقطة ، وكانت محكمة النقض قد قضت فى ١٩٦٢/٦/١٤ ، المجموعة س ١٣ ، ص ٨٠١ . باعتبار هذه المبالغ بعد الوفاة تركة وبالتالى يجوز الحجز عليها . وتأييدا لما ذهبت اليه محكمة النقض . محمد حامد فهمى ، بند ١٥٨ ، كمال عبد العزيز ، ص ٥٩١ .

(٩٩) وهذه الديون لا يحجز بها على ما يستحقه اولاد المتوفى أو زوجته من معاش (م ٣ من القانون المذكور) رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٣ .

أو معاش أو بدل . وتقوم هذه الجهة بخصم هذه الديون مباشرة من المدين بها ، اذا قبل ذلك . وبموجب حكم قضائى اذا رفض الخصم المباشر[100] .

وعلى ذلك لا يجوز الحجز على المرتب استيفاء لدين على الموظف لم ينشأ عن سبب يتعلق بالوظيفة كما لو كان دين يمثل ضرائب مستحقة عليه[101] .

— ديون النفقة المقررة بحكم قضائى ، مثل نفقة الأقارب أو نفقة الزوجية .

* الحدود المسموح بالحجز عليها :

حدد المشرع القدر الذى يمكن أن يرد الحجز عليه بالنسبة للمرتب أو المعاش الخاص بالموظف أو المستحقين عنه ، بحيث لا يجوز تجاوز هذا القدر . وقد عين المشرع هذا الحد بربع المرتب أو المعاش .

واذا لم يكف هذا القدر للوفاء بالديون الجائز الحجز وفاء لها عليه ، أى عند تزاحم ديون الحكومة وديون النفقة تكون الأولوية لديون النفقة .

غير أن المشرع قد أصدر فى سنة ١٩٧٦ القانون رقم ٦٢ بتعديل بعض أحكام النفقات ، مدخلا تعديلا جوهريا فى الحدود المسموح بالحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها وفاء لديون النفقة فى حدود تصل الى ٤٠٪ من قيمة المرتب أو الأجر أو المعاش ، وذلك على النحو الذى حددته المادة الرابعة من هذا القانون ، وهى :

---

(١٠٠) أبو الوفا ، اجـراءات ، ص ٢٩٨ . عكس ذلك الذى يجيز الخصم المباشر من مرتب الموظف دون حكم قضائى (وجـدى راغب ، ص ٤٢٠) .

(١٠١) جميعى — بند ١٢٩ .

— ٢٥٪ للزوجة أو المطلقة ، وتوزع هذه النسبة بين الزوجات أو المطلقات ان تعددن بنسبة ما حكم به لكل منهن .

— ٣٥٪ للابن الواحد أو أكثر ، وبنسبة ما حكم به لكل منهم ان تعددوا .

— ٤٠٪ للزوجة أو المطلقة والابن الواحد أو أكثر أو الوالدين .

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تجاوز النسبة التى يجوز الحجز عليها ٤٠٪ أيا كان دين النفقة المحجوز من أجله .

وفى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأبناء ، فنفقة الوالدين ، فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى .

٢ — أجور العمال الخاضعين لقانونى العمل والتأمين الاجتماعى :

تقضى المادة ٤١ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بعدم جواز الحجز على الأجور المستحقة للعامل للتسعة الجنيهات الأولى شهريا أو الثلاثين قرشا الأولى يوميا الا فى حدود الربع ، وذلك لدين نفقة أو لأداء المبالغ المستحقة عما تم توريده له ومن يعوله من مأكل وملبس . أما ما زاد على ذلك فيجوز الحجز عليه من أجل أى دين بما لا يزيد على الربع . وعند التزاحم يفضل دين النفقة .

والمعنى الواضح لهذا النص أن القانون لم يجعل من المنع من الحجز على أجور العمال وما فى حكمها[١٠٢] منعا مطلقا ، فقد أجاز الحجز على هذه المبالغ فى حدود معينة وفاء لأى دين وذلك على التفصيل الآتى :

---

(١٠٢) لأن المنع يشمل بالاضافة الى الاجر كافة المبالغ المستحقة للعامل طبقا لاحكام قانون العمل (م ٢/٤١ من قانون العمل) .

ـ الدائنون بدين النفقة أو بدين المأكل والملبس ، وهؤلاء يحق لهم الحجز على ربع مرتب العامل كله بما فى ذلك ربع التسعة الجنيهات الأولى شهريا أو الثلاثين قرشا يوميا .

ـ الدائنــون بديون أخرى خلاف ديون النفقــة وديون المأكل والملبس ، وهؤلاء لا يجوز لهم الحجز الا على ربع مرتب العامل منقوصا منه التسعة جنيهات الأولى شهريا أو الثلاثين قرشا الأولى يوميا ، التى يجب أن تبقى بعيدة عن الحجز عليها بالنسبة لهذه الديون .

ـ وعند التزاحم يفضل دين النفقة بطبيعة الحال .

والأمر الذى تجب مراعاته فى هذا الخصوص ، أن أحكام القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ لا تسرى على العمال الخاضعين لقانون العمل ، نظرا لأن القانون الأخير لاحق على القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ .

ـ الحجز على مستحقات العمال الخاضعين لأحكام قانون التأمين الاجتماعى :

تنص المادة ١٤٤ من قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المعدلة بالقــانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ على عــدم جواز الحجز على مستحقات المؤمن عليهم أو أصحاب المعاشات أو المستفيدين لدى الهيئة الا لسداد النفقات وما تجمد للهيئة من مبالغ ، وذلك بما لا يجاوز الربع ، وعنــد التزاحم يبدأ بخصم دين النفقة فى حــدود الجزء الجائز عليه مخصوما منه الثمن للوفاء بدين الهيئة .

كما يجوز الحجز أيضــا للوفاء بأقساط بنك ناصر الاجتمــاعى ، والأقساط المستحقة للهيئة .

---

(١٠٣) راجع ـ عبد المنعم حسنى ، منازعات التنفيذ ١٩٨٨ ، ص ٩٣ ـ ٩٥ .

٣ — مكافآت اعضاء الهيئات النيابية :

تنص المادتان ٢٩ ، ٣٠ من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ على عدم جواز الحجز على ما يستحقه أعضاء مجلس الشعب من مكافآت شهرية ، أو أية مبالغ أخرى قد تدفع لهؤلاء الأعضاء للتسهيل عليهم وتمكينهم من مباشرة مسئولياتهم .

وبالمعنى نفسه تنص المادة ١٩/٢ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ فى شأن مجلس الشورى بالنسبة لمكافآت أعضاء المجلس .

ويلاحظ أن هذا المنع يعتبر منعا مطلقا وكليا ، اذ لا يجوز الحجز اطلاقا على هذه المبالغ وفاء لأى دين ولو كان دين نفقة .

٢١٩ — نوع الحجز الممنوع توقيعه على المرتبات والأجور وما فى حكمها :

بعد أن استعرضنا مختلف الأنظمة التى تمنع الحجز على المرتبات أو الأجور وما فى حكمها ، بقى علينا أن نبين نوع الحجز الممنوع توقيعه على هذه الأموال الا فى الحدود التى تبينها القوانين .

وكان خلافا فقهيا قد ثار حول أثر قبض المرتب أو الأجر على المنع من الحجز عليه . فمن الفقهاء من ذهب الى جواز الحجز على هذه الأموال متى قبضت ، لأنها تكون قد اختلطت بأموال المدين الأخرى ، وفقدت لذلك ذاتيتها وصفتها ، ومن ثم لم تعد تتمتع بالحصانة ضد الحجز عليها . ويكون الحجز الممنوع على هذه المرتبات هو حجز ما للمدين لدى الغير (الملتزم بدفعها) فقط دون الحجز التنفيذى لدى المدين ، اذ يجوز الحجز على تلك المبالغ حجزا مباشرا تحت يد المدين مباشرة اذا كان قد قبضها[١٠٤] . ومن الفقهاء من ذهب الى أن المنع

---

(١٠٤) أبو الوفا — اجراءات ، ص ٤٩٧ بند ١٢٨ ، وبند ١١٨ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ ؛ محمد حامد فهمى ، بند ١٥٨ .

من الحجز على المرتب وما فى حكمها يستمر حتى بعد القبض ، وحتى اذا اختلطت بأموال المدين الأخرى ، وذلك اعمالا لحكمة الحجز وهى رعاية المدين ، والقائمة ســواء تم القبض أو لم يتم • وانما ينبغى التــأكد من أن المبالغ المراد الحجز عليها هى مبالغ تمثــل أجرا أو معاشا(١٠٥) • وعلى ذلك ينتهى أنصار هذا الرأى على منع الحجز على هذه المرتبات ، حجزا تحت يد الغير ، أو حتى تحت يد المدين •

والمنع من الحجز على المرتبــات أو الأجور وما فى حكمها يسرى على تلك المبالغ — فى رأينا — حتى بعض قبض هذه المبالغ من الملتزم بدفعها ، وذلك اذا ظلت محتفظة بذاتيتها وصفتها ، ولم تختلط بأموال المدين الأخــرى(١٠٦) • كما لو تم تحويلهــا بالفعل الى حساب خاص بالمرتب فى أحد البنوك(١٠٧) • أما اذا تم تحويل هذه المبالغ الى حساب جار ، واختلطت بمفردات هذا الحساب ، فيجوز الحجز عليها وفاء لأى دين ، اعتبارا بأن هذه المرتبــات بمجرد قيدها فى الحساب الجارى ، تصبح مجرد بندا به ، تفقد ذاتيتها وصفتها ، وذلك طبقا للقواعد التى تحكم الحساب الجارى •

خامسا — المساحات الزراعية الصغيرة

٢٢٠ — المنع وشروطه :

حرصا من المشرع على حماية الملكية الزراعية الصغيرة فقد أصدر

---

(١٠٥) فتحى والى — التنفيذ الجبرى بند ١٠٩ ص ٢١٤ — وانظر هامش ٣ ص ٢١٤ — ٢١٦ •

(١٠٦) عبد المنعم حسنى ، منازعات التنفيــذ ، ١٩٨٨ ، ص ٩٦ ، هامش ١ ، رمزى سيف ، ص ١٦٤ ، محمد كمال عبد العزيز ص ٥١٩ • وجدى راغب ، ص ٣٠٩ •

(١٠٧) وبالتالى يبطل الحجز الموقع عليه الا وفاء لدين نفقة مقررة ربما لا يجاوز القدر المسموح بالحجز عليه ، رمزى سيف ، ص ١٦٤ هامش ١ • جميعى ، بند ١٢٨ ص ١٣٢ ، عبد المنعم حسنى ، ص ٩٦ هامش ١ •

في سنة ١٩١٣ أول تشريع — معدلا بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٦ — يمنع الحجز على ما يملكه الزارع من الأطيان وملحقاتها اذا كانت لا تزيد على خمسة أفدنة ، وذلك تأمينا للفلاح الذى لا يملك الا هذا القدر من الأطيان من نزع ملكيته وفاء لديون عليه وحتى لا يقع فريسة للمرابين مما يؤدى الى تجريده من ملكيته .

ثم ألغى هذا النظام ، وحل محله القانون الحالى رقم ٥١٣ سنة ١٩٥٣ ، وتقضى المادة الأولى منه بعدم جواز التنفيذ على الأراضى الزراعية التى يملكها الزارع اذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة فاذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ جاز اتخاذ الاجراءات على الزيادة وحدها . ويشترط للمنع من الحجز شرطان هما :

١ — أن يكون المدين زارعا وقت الحجز :

ويعد زارعا كل من كانت حرفته الأصلية الزراعة وكانت هى كل أو جل ما يعتمد عليه فى معيشته (م ١/٣ من قانون ١٩٥٣) وليس معنى ذلك أن تكون الزراعة هى الحرفة الوحيدة للمدين ، فيمكن أن يباشر المدين حرفة أخرى(١٠٨) بجانب الزراعة طالما كانت الأخيرة هى حرفته الأصلية ، أما اذا كان المدين محترفا مهنة أخرى (مثل الاشتغال بتجارة الحبوب أو الأقطان)(١٠٩) بجانب الزراعة وكانت هذه المهنة الأخرى هى

---

(١٠٨) مثل قيام المزارع بالعمل فى أوقات فراغه باجر لدى الغير ، أو عمله بصناعة يدوية كعمل المكانس والمقشات والحبال او القيام باعمال النساجة ، عبد العزيز بديوى ، المرجع السابق ص ١٢٣ .

(١٠٩) نقض مدنى ١٩٠٧/٦/٣ مجموعة القواعد القانونية للنقض ، ج ١ ص ٥١١ ، رقم ٢١ والزقازيق الابتدائية ١٩٤٩/٣/١٧ المحاماة ٢٩ ص ٤٣٢ ، واستئناف مصر ١٤ ابريل ١٩٢٤ المحاماة سنة ٤ ، ص ٩٤٩ ، ١٩٣١/١/٨ — المحاماة ج ١١ ، ص ٩٤٩ ، ١٩٣٢/١٢/١٥ ، المحاماة ١٣ ص ٨٨٠ . نقض ١٩٣٦/١١/٥ — مجموعة القواعد س ٢ ص ١ .

التى يعتمد عليها المدين فى حياته فانه بذلك لا يعد زارعا ، وبالتالى لا يستفيد من الحظر من الحجز على أملاكه .

ويعد الشخص زارعا فى مفهوم هذا القانون حتى ولو لم يقم بزراعة الأرض بنفسه ، فيكون المدين زارعا حتى ولو كان يستخدم فى زراعة أرضه عمالا أو يقوم بتأجيرها للغير بسبب عجزه عن العمل أو لأى سبب آخر . ولكن يلزم دائما أن تكون الزراعة هى حرفته الأصلية ومورد رزقه ، وعلى ذلك يعتبر زارعا فى حكم هذا القانون الصغير الذى لا يباشر الزراعة لصغر سنه(١١٠) أو الرجل العجوز الذى لا يباشرها لكبر سنه أو لعاهة أو مرض(١١١) . وكذلك تعد أرملة المزارع مزارعة(١١٢) وكذلك الزوجة تعد زارعة اذا قامت بزراعة أرضها بنفسها أو بواسطة غيرها حتى ولو كانت تحصل على نفقة مقررة أو تستحق معاشا(١١٣) .

واعتبار المدين زارعا أو ليس كذلك انما هى مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض(١١٤) .

ويشترط المشرع أن يكون المدين زارعا وقت التنفيذ عليه حتى ولو لم يكن كذلك عند نشوء الدين(١١٥) وذلك لأن المشرع قد راعى مصلحة

---

(١١٠) استئناف مختلط اول مايو سنة ١٩٢١ الجازيت سنة ٢١ ص ٣٥ فى ابو الوفا ص ٣٠٩ هامش ٤ .

(١١١) نقض مدنى ١٩٣٦/١١/٥ مجموعة القواعد القانونية س ٢ ص ١ .

(١١٢) الحكم السابق ونقض ١٩٤٥/٢/٢٢ المجموعة س ٤ ص ٥٧١ .

(١١٣) ابو الوفا ص ٣٠٩ ، عبد المنعم حسنى ص ٩٩ — ١٠٠ .

(١١٤) عبد العزيز بديوى ، الاشارة السابقة ، وجدى راغب ص. عبد العزيز بديوى ص ١٣٤ .

(١١٥) كان القانون القديم يشترط توافر صفة الزارع عند نشوء الدين وعند التنفيذ ايضا حرصا على مصلحة الدائنين الذين يكونوا قد تعاملوا مع

المدين الزارع ويمنع الحجز على أطيانه طالما توافرت هذه الصفة عند التنفيذ •

٢ — أن يتمسك المدين بعدم جواز التنفيذ :

يجب أن يتمسك المدين بعدم جواز التنفيذ على أطيانه عن طريق الاعتراض على قائمة شروط البيع فى ميعاد الاعتراض وهو ثلاثة أيام قبل الجلسة المحددة للبيع والا سقط الحق فى التمسك به • ويترتب على الإعتراض فى الميعاد وقف البيع بقوة القانون ، حتى يحكم ببطلان الحجز • واذا لم يتقدم المدين بطلب بطلان الحجز فى الميعاد ، سقط حقه فى التمسك به بعد ذلك (م ٣ من القانون سنة ١٩٥٣) •

٢٢١ — الأموال الممنوع التنفيذ عليها :

اذا توافر الشرطان السابقان فان القانون يمنع التنفيذ على الخمسة أفدنة الأخيرة وملحقاتها •

١ — الخمسة أفدنة الأخيرة :

يمنع المشرع التنفيذ على أطيان الزارع المدين اذا لم تتجاوز خمسة أفدنة ، فاذا زادت عن هذه المساحة وقت التنفيذ فان التنفيذ يكون

= المدين على أساس انه ليس زارعا • ولكن القانون الجديد لم يشترط هذا الشرط ومع ذلك تطلبه البعض — احمد ابو الوفا — اجراءات ص ٢٧٧ — احمد سلامة محمد ، القانون الزراعى ، ١٩٧٠ ، ص ٥٢٩ • ولكن الرأى الراجح فى ظل القانون الجديد هو وجوب توافر صفة الزارع عند التنفيذ ، ولو لم تكن متوافرة عند نشوء الدين ، وجدى راغب ص ٣١٢ ، رمزى سيف ، سنة ١٩٧٠ ، ص ١٥٢ ، فتحى والى ص ٢٨٨ — امينة النمر ص ١٨٥ ، بند ١٩٥ ، عبد المنعم حسنى المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، عبد العزيز بديوى ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، عبد الخالق عمر ، بند ٣٦٦ • نقض مدنى ١٩٧٠/٤/٣٠ مجموعة الاحكام سنة ٢٢ ص ٧٨٢ — المذكرة الايضاحية للقانون ٢١٣ ، لسنة ١٩٥٣ • ونقض ١٩٨١/٣/٣ ، مشار اليه فى عبد المنعم حسنى ، ص ١٠٠ •

جائزا عن المساحة الزائدة عن الخمسة أفدنة فقط (المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٣)[١١٦] .

ويكون التنفيذ على المساحة الزائدة بحسب اختيار الدائن وليس المدين وفقا للقاعدة المانحة للدائن سلطة اختيار الأموال التى ينفذ عليها بشرط ألا يكون متعسفا فى إستعمال هذه السلطة[١١٧] .

ويلاحظ أن الحماية لا تمتد الا الى الأراضى الزراعة فلا تشمل الأراضى المعدة للبناء ، وكذلك العبرة بمساحة الأرض الزراعية المملوكة للمدين وقت التنفيذ ، بصرف النظر عن ملكيته وقت نشوء الدين[١١٨] . والعبرة بملكية كل مدين على حدة عند تعددهم ، ولو كانت ملكيتهم جميعا تزيد على هذا القدر ، ولكن هل يعتد عند حساب المساحة بالملكية القانونية أو الفعلية للمدين ؟ يذهب رأى الى أنه يعتد بالملكية القانونية فقط ، اذ أن المشرع لا يعرف سواها ، فضلا عن أن الدائن له حق استعمال حقوق مدينه فى تسجيل الأرض عن طريق رفع دعوى صحة ونفاذ البيع ، ويسجل هذا الحكم بعد ذلك ، ثم يقوم بالتنفيذ على الملكية بعد انتقالها

---

(١١٦) كان القانون القديم يمنع التنفيذ على الزارع الذى لا تتجاوز ملكيته خمسة افدنة فاذا تجاوزتها كان التنفيذ جائزا عليها جميعا . وكان ذلك على نقد كبير من جانب رجال الفقه (أنظر حامد فهمى ص ١٣٥ هامش ٢ ، ابو هيف ص ٢٠٢ هامش ٢) .

(١١٧) فتحى والى — التنفيذ الجبرى ٢٢٠ بند ١١٠ ، وجدى راغب ص ٢١٤ ، عبد العزيز بديوى ، ص ١٢٧ ، عكس ذلك أبو الوفا — اجراءات ص ٢٧٧ ، الذى يرى أن للمدين مطلق الحرية فى اختيار الخمسة افدنة التى تستبقى ، وكذا عبد الباسط جميعى نظام التنفيذ ص ١١٨ ، عبد المنعم حسنى ص ١٠٢ ، أحمد سلامة المرجع السابق ص ٥٣١ .

(١١٨) نقض مدنى ١٩٨١/٣/٢ ، فى الطعن ٤١٣ لسنة ٤٢ ق .

الى مدينه[١٢٩] ولكن هذا الرأى فى نظرنا محل نظر ، ذلك لأن من شأن الأخذ بهذا الرأى هو التضحية بمصلحة الدائن الذى لن يستطيع التنفيذ على أراضى مدينه الزائدة على خمسة أفدنة ، واذا لم تكن قد سجلت بعد ، مع أن المدين هو المالك الفعلى لها ، فضلا عن أن الدائن لن يستطيع استعمال حقوق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة الا اذا أثبتت أن عدم استعمال مدينه لهذه الحقوق يسبب اعساره أو يزيد فى اعساره . والمدين قد يكون موسرا ، كما أن من شأن الأخذ بهذا الرأى تمكين المدين من التحايل بتهريب أمواله من التنفيذ عليها بعدم تسجيلها ، نتفق مع الرأى القائل[١٣٠] بأن العبرة بما يملكه المدين ملكية فعلية بمقتضى عقود أو أحكام غير مسجلة ، اذ أن للمدين مشترى الأرض بعقد ابتدائى لم يسجل ، الحق فى تملكها ، والأخذ بهذا الرأى يمنع تحايل المدين المدين من الظهور دائما بأنه مالكا للحد الأدنى الذى لا يجوز التنفيذ عليه وهو الخمسة أفدنة لعدم قيامه بتسجيل ما يزيد عليها .

٢ — ملحقات الخمسة أفدنة :

يمتد المنع من التنفيذ الى ملحقات الخمسة أفدنة ولو لم تكن عقارات بالتخصيص فيشمل المنع كل ما يلزم لخدمتها من الآلات الزراعية ، والمواشى[١٣١] وحظائرها ، ومسكن المزارع وملحقاته مثل مخازن المحاصيل ، ولو لم يكن واقعا فى الأرض نفسها الممنوع الحجز عليها .

---

(١١٩) احمد سلامة محمد — القانون الزراعى سنة ١٩٧٠ ، ص ٥٣١ بند ٣١٠ ، فتحى والى ، التنفيذ الجبرى ص ٢١٩ هامش ٢ ، عبد العزيز بديوى ص ١٢٦ — ١٢٧ .

(١٢٠) وجدى راغب ، ص ٣١٤ ، وهامش ١ ، رمزى سيف — قواعد ، سنة ١٩٧٠ ، ص ١٥٤ ، ابو الوفا ، اجراءات ، بند ١٣٨ ، ص ٢١٢ هامش ٢ ، امينة النمر ص ١٨٦ بند ١٩٦ .

(١٢١) ولو كانت هذه المواشى من ذكورا طالما كانت لازمة لاستغلال الأرض . قارن رمزى سيف ، بند ١٦٢ . فتحى والى — ص ٢١١ هامش ١ .

٢٢٢ — الديون الجائز التنفيذ على الخمسة أفدنة لاستيفائها :

ان المنع من التنفيذ على الخمسة أفدنة ليس منعا مطلقا وانما هو منـــع نسبى ، وبالتالى يجوز التنفيذ على الخمســـة أفدنة وفاء للديون الآتيـــة :

١ — الديون الممتازة على الأفدنة ذاتها :-

وهى الديون التى لأصحابها حق امتياز بائع العقار وفاء لثمنه ، أما أصحاب حقوق الاختصاص أو الرهن فلا يجوز لهم التنفيذ على هذه الأراضى الا فيما يجاوز خمسة أفدنة ، ولو وقع الاختصاص والرهن على هذه الأرض .

٢ — الديون الناشئة عن جناية او جنحة :

وهى التعويضات المحكوم بها أو المتفق عليها على المزارع لارتكابه فعلا جنائيا عن جناية أو جنحة ، وكذلك الغرامات الجنائية[١٢٢] .

٣ — ديون النفقة :

وهى الديون المحكوم بها قضائيا والمترتبة على الزوجية ، وأجرة الحضانة والرضاع أو المسكن وبما يكون مستحقا من المهر .

٤ — الديون التى ينص المشرع عليها بنصوص خاصة :

قد ينص القانون على عدم سريان هذا الحظر على بعض الديون مثل ديون الجمعيات الزراعية والتعاونية وديون بنك الائتمان العقارى أو التسليف الزراعى ، وفى هذه الحالة يجب احترام هذه الارادة التشريعية .

٢٢٣ — الأموال الجائز التنفيذ عليها فى النظام الاسلامى :

ما تقدم كانت القواعد المتعلقة بالأموال الجائز التنفيـــذ عليها فى القانون الوضعى ، فهل هى نفسها المقررة فى الفقه الاسلامى ؟ . لا يشك أحد فى أن الشريعة الاسلامية ، شريعة الحق والعـــدل ، تأمر بالوفاء

(١٢٢) أبو الوفا — اجراءات ، ص ٢١٧ ، فتحى والى — المرجـــع السابق ص ٢٢٢ ، أمينة النمر ، ص ١٩٠ .

بالعهد وانجاز الوعد ، واحقاق الحق ، ومن لوازم العدل ايصال الحق الى المستحق،ومن ثم كان واجبا على المدين الوفاء بديونه،ويكون للدائن التنفيذ على أى مال مملوك للمدين ثابتا كان أم منقولا ، شريطة أن يكون التنفيذ عليه معتبر شرعاً • ولا تمنع الشريعة الاسلامية الحجز على أى مال مملوك للمدين سوى ما تدعو الحاجة الضرورية اليه ، أى تجيز الحجز على أى مال للمدين الا اذا كان لازما لحياة المدين كالمنزل الذى يسكنه ، وما يستر عورته ، وما يسد رمقه هو ومن يعول[١٢٣] •

يتضح من ذلك أن القواعد التى قررتها الأنظمة الوضعية هى نفسها القواعد التى دعت اليها الشريعة الاسلامية وقواعدها ، بالرغم من أن فقهاء الشريعة لم يتناولوها بالتفصيل ، لأنها قواعد يدعو اليها العقل الراجح والمنهج السليم •

---

(١٢٣) ابن عابدين — العقود الدرية ، جـ ٢ ص ١٤٩ ، محمود هاشم — اجراءات التقاضى والتنفيذ بند ٢٠٤ ، ص ٢٧٠ •

الفصل الثانى

التنفيذ على الأشخاص

٢٢٤ ــ تمهيد وتقسيم :

رأينا أن القاعدة العامة فى التنفيذ ، أن الأموال وحدها ــ منقولات أو عقارات ــ هى التى تكون محلا للتنفيذ الجبرى ، بشرط أن تكون مملوكة للمدين المنفذ عليه وقت التنفيذ • فلم يعد جسم الانسان ضامنا للوفاء بالتزاماته ، كما كان ذلك فى العصور البالية ، وذلك احتراما لآدمية الانسان ، وصونا لكرامته • واذا كانت تلك هى القاعدة العامة ، الا أنه من المتصور مع ذلك أن يكون الانسان نفسه محلا للتنفيذ ، فى حالات محددة وذلك على خلاف الأصل العام •

ويجب علينا ــ استكمالا للبحث ــ أن نعرض فى مبحث أول من هذا الفصل للقاعدة العامة فى عدم جواز التنفيذ على الأشخاص وفى مبحث ثان للحالات التى يكون الانسان فيها محلا لتنفيذ جبرى ، ونبين فى المبحث الأخير الشروط الواجب توافرها لحبس المدين ، اذا كان الحبس لازما لاستيفاء الحق أو للاكراه على القيام بالوفاء به[1] •

---

(١) انظر تفصيلا لذلك بحث لنا بعنوان الحبس فى الديون ، فى التشريعات الوضعية والفقه الاسلامى ، من منشورات مركز البحوث بكلية العلوم الادارية بجامعة الملك سعود ، سنة ١٩٨٧ ــ الرياض . وكذلك بحث للمؤلف بعنوان « المنع من السفر فى غير المواد الجنائية ــ منشور فى المجلة العربية للفقه والقضاء ــ الرباط ــ المغرب ، العدد السادس سنة ١٩٨٧ وللمؤلف نفسه مؤلفه فى اجراءات التقاضى والتنفيذ ، عمادة شئون المكتبات بجامعة الملك سعود ، الرياض ــ الطبعة الأولى ١٩٨٩ ، ص ٢٧١ وما بعدها .

المبحث الأول

القاعدة العامة

عدم جواز التنفيذ على الأشخاص

٢٢٥ — مفهوم القاعدة :

كان الاكراه البدنى Contrainte per corps هو أحد وسائل الحماية التنفيذية للحق الموضوعى فى العصور القديمة ، فلم يكن المدين مسئولا عن ديونه فى أمواله فقط ، بل كان جسمه أيضا ضامنا للوفاء بها ، فقد كان يجوز التنفيذ عليه عن طريق حبسه واسترقاقه ، والتصرف فيه عبدا بالبيع وفاءا لالتزاماته ، وبذلك كان جزاء الاخلال بالالتزام فى العصور البائدة عقوبة بدنية[٢] • فكان القانون الرومانى يخول للدائن أن يأخذ مدينه — فى حالة عدم وفائه بالتزامه — رقيقا له ، تصبح له عليه حق ملكية يخوله التصرف فيه وبيعه رقيقا فى الأسواق ، أو حبسه ، بل كان يجيز قتله فى بعض الأحيان ، واذا تعدد الدائنون جاز لهم اقتسام جسم المدين[٣] • وكان مرجع ذلك هو اختلاط القانون المدنى بالقانون الجنائى واختلاط التعويض المدنى بالعقوبة الجنائية[٤] • وقد أجاز المشرع الفرنسى حبس المدين لتنفيذ الالتزام فى تشريع مولان سنة ١٥٦٩ تحقيقا لأقصى اشباع للدائن على حساب الحرية الفردية

---

(٢) أبو الوفا — اجراءات ص ١٤ بند ٧ •

(٣) سليمان مرقص — شرح القانون المدنى جـ ١ — شرح القانون المدنى — جـ ٢ سنة ١٩٦٤ بند ٦٠٥ ص ٥٨٩ ، سمير تناغو — نظرية الالتزام — الاسكندرية سنة ١٩٧٥ بند ٢٩٦ ص ٤٠٧ ، أبو الوفا ، الاشارة السابقة •

Glasson Traite III, No 1421 - 1422. vincent et prevault, voies d'execution, No 14 , p0 14 . Merlin Répertire, vo contrainte pare corps

(٤) سمير تناغو — الاشارة السابقة •

المدينين[٥] ، وان كان القانون الفرنسي الصادر سنة ١٦٦٧ قد حد من نطاق الحبس وقصره على العلاقات التجارية ، اهتماما بحرية الأفراد ، الا أن ذلك ظل مطبقا حتى صدر قانون فى ٢ يوليو ١٨٦٧ يمنع الحبس فى المواد المدنية والتجارية وقصره على الغرامات والتعويضات فى المسائل الجنائية ، ثم صدر مرسوم يونية سنة ١٩٦٠ بقصر الحبس على تحصيل ديون الدولة[٦] .

وقد أجاز فقهاء الاسلام حبس المدين عند تعذر استيفاء الدين منه بسبب مماطلته مع قدرته على الوفاء به ، أو بسبب اخفاء أمواله ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لصاحب الحق اليد واللسان » و « مطل الغنى ظلم واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع »[٧] . والحبس لا يجوز فى الشريعة الاسلامية باجماع فقهاء المذاهب الا بالنسبة للمدين الموسر الذى يماطل فى وفاء دينه عملا بقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ولقوله صلى الله عليه وسلم لغرماء المدين الذى كثر دينه : « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك »[٨] . كما قال الرسول الكريم : « لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » لأن اللى معناه المطل والتسويف ، ومعنى الواجد ، الغنى . فالغنى يعتبر ظالما عند عدم الوفاء

---

(٥) عزمى عبد الفتاح — نظام قاضى التنفيذ — رسالة الى حقوق عين شمس سنة ١٩٧٧ ص ٤٦٣ .

(٦) جلاسون — المطول : جـ ٤ بند ١٤٢١ ، ١٤٢٢ وعزمى عبد الفتاح الاشارة السابقة .

(٧) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٣٥٣ مشار اليه فى عبد العزيز بديوى — المرجع السابق ص ٢٦ . انظر بحثنا فى الحبس فى الديون ، ص ٨ — ١٠ .

(٨) سنن أبى داود جـ ٣ ص ٣٤٩ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٤٠ ، الامام الشافعى (الأم) جـ ٣ ص ١٧٩ ، مدونة ابن مالك جـ ٤ ص ١٠٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ، ص ١٧٩ ، عبد العزيز بديوى ، المرجع السابق ص ٣٦ هامش ٢ . محمود هاشم — الحبس فى الديون — الاشارة السابقة .

بما عليه مع قدرته على ذلك • والظلم كبيرة من الكبائر لا ينبغى الوقوع فيها[٩] •

واذا كان ذلك كذلك فى العصور القديمة ، فان الأمر قد اختلف فى العصور الحديثة ، نظرا لانتشار الفلسفة الفردية والمذهب الحر Lilerale ، فلم يعد الشخص يسأل عن دينه فى جسمه ، بل فى ماله فقط ، ولم يعد الاخلال بالالتزام المدنى جريمة تستوجب عقوبة جنائية متمثلة فى حبس المدين[١٠] ولم يعد المشرع الحديث[١١] يجيز للدائن حبس مدينه لاجباره على الوفاء بالتزامه وذلك احتراما للكرامة الانسانية واعلاء لحرية الفرد[١٢] ، ورعاية لمصالح المدين - بتركه يمارس حياته العملية للحصول على المال الذى يمكنه من الوفاء بالتزاماته - وفى ذلك مصلحة للدائن[١٣] نفسه •

والواقع أن فكرة حبس المدين وفاء لالتزامه وان كانت فكرة قديمة وانها تمثل اعتداء على الحرية الفردية وتحطيما لنفسية الفرد فى وقت يكون فيه الشخص فى حاجة الى العمل لاكتساب ما يمكنه من الوفاء بديونه كاملة الا أنها قد غدت فكرة ضرورية ، لازمة لاستقرار الأوضاع

---

(٩) انظر كتابنا — اجراءات التقاضى والتنفيذ ، بند ٢٠٦ ص ٢٧٢ — ٢٧٣ وهامش ٤٦ •

(١٠) سمير تناغو — المرجع السابق ص ٤٠٧ •

(١١) هناك من التشريعات الحديثة ما تجيز حبس المدين المماطل مثل قانون التنفيذ العراقى ، والقانون اللبنانى والسورى والكويتى ، والتشريع السعودى .(راجع تفصيلا بحثنا فى الحبس فى الديون — الحبس فى الديون) ص ١٠ — ١١ •

(١٢) رمزى سيف ص ١١ بند ٦ ، فتحى والى ، بند ٤ ص ٥ ، وقارن أحمد أبو الوفا ، اجراءات ص ١٤ هامش ١ •

(١٣) هناك من ينتقد الغاء الحبس وفاء للالتزامات على اساس ان ذلك ينطوى على اخلال بصالح الدائن وعلى القضاء مراعاة مصالح الدائن بقدر مراعاة مصالح الخصوم ، راجع عزمى عبد الفتاح ص ٤٦٤ هامش ٢ ، جلاسون ، المطول ، بند ١٤٢٢ جـ ٤ •

والحقوق ، بعد أن ثبت نجاحها فى الدول التى أخذت بها ، وما أدى اليه عدم السماح بها فى بعض الدول ، مثل النظام المصرى وغيره ، من ازدياد المطل والتسويف من قبل المدينين ، وتكدس أعداد القضايا أمام المحاكم، الأمر الذى يعوق مسيرة المجتمع الاقتصادية ، ومبدأ الائتمان ، الأمر الذى يدعونا الى التفكير فى الأخذ بهذه الوسيلة التهديدية لحمل المدينين على الوفاء بديونهم ، وذلك بعد تنظيم استخدامها تنظيما دقيقا ، استخداما يحقق التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين فى آن واحد[١٤] .

المبحث الثانى

الحالات الجائز الحبس فيها

٢٣٦ — تحديد :

اذا كانت القاعدة فى التشريع المصرى هى مسئولية المدين فى أمواله فقط بحيث لا يجوز حبس المدين لمجرد الاخلال بتنفيذ التزاماته فقد أجاز المشرع حبس المدين استثناء فى حالتين نص عليهما على سبيل الحصر هما حبسا اكراهيا ، وان المشرع قد عرف تطبيقا للحبس التنفيذى ، كما أن التنفيذ فى حالات أخرى يرد على شخص المدين ، وذلك على التفصيل الآتى :

أولا — الحبس الاكراهى :

ويقصد به الحبس الذى لا يعد وسيلة لاستيفاء الحقوق وانما مجرد حمل المدين على الوفاء بها ، فهى وسيلة تهديدية ترغم المدين عن طريق الضغط عليه ، وتحمله على الوفاء بديونه دون أن يؤدى حبسه الى براءة ذمته من الديون المحبوس من أجلها[١٥] .

---

(١٤) انظر تفصيلا للمؤلف — الحبس فى الديون ، ص ٦٤ — ٦٦ .

(١٥) محمود هاشم — الحبس فى الديون ، ص ٣١ — ٦٣ .

وعرف المشرع المصرى حالتين للحبس الاكراهى هما :

١ — ديون النفقة ومافى حكمها :

نصت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[16] على أنه « اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضـاعة أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئيـة التى أصدرت الحكم ، أو بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه .. » يتضح من هذا النص أن المشرع مراعاة منه لظروف المحكوم له بالنفقة، ومافى حكمها من أجرة رضاعه أو حضانة أو مسكن ، وحاجته الملحة الى هذه المبالغ ، قد أجاز حبس المحكوم عليه مدة لا تزيد عن ثلاثين يوما اكراها له على الوفاء بهذه الديون ويلاحظ أن الحبس هنا لا يعتبر وفاء للديون ؛ وانما هو وسيلة اكراه فقط ؛ بحيث يظل المدين مدينـا بهذه الديون بعد حبسه ، ويظل للدائن الحق فى مطالبته بالوفاء بها ، والتنفيذ عليه بالطرق المعتادة اذ أن الحبس فى ذاته لا يبرىء ذمة المدين بل تبقى ذمته مشغولة به كاملا[17] .

٢ — التعويضـات المحكوم بها للحكومة أو لغيرها الناشئـة عن الجـريمة :

أجاز المشرع اللجوء الى الحبس الاكراهى لحمل المدين (المحكوم عليه) على الوفاء بمبالغ التعويضات الناشئة عن الجريمة المحكوم بها لغير الحكومة وكذلك التعويضات المحكوم بها للحكومة متى ثبت للمحكمة امتناع المحكوم عليه عن الدفع رغم قدرته عليه ، وبعد أن تأمره المحكمة

---

(١٦) الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى ١٢ مايو سنة ١٩٣١ .. محمود هاشم ، الحبس فى الديون — ص ٥١ — ٥٥ .

(١٧) سليمان مرقص — المرجع السابق ص ٥٩٠ . انظر تفصيلا — محمود هاشم — الحبس فى الديون ، ص ٥١ وما بعدها .

ولم يمتثل لأمرها ولا تزيد مدة الحبس هنا عن ثلاثة أشهر ، ولا يخصم شيء من التعويض نظير الحبس[١٨] .

ثانيا : الحبس التنفيذى :

هو الحبس الذى يؤدى الى انقضاء الحق المحبوس من أجله ، وبراءة ذمة المدين منه ، ولا يجوز للدائن بعد أن تم حبس المدين ، أن يعود وينفذ بدينه مرة أخرى على أموال المدين ، ان ظهرت له أموال بعد ذلك[١٩] .

وقد أجاز المشرع المصرى فى المادة ٥١١ من قانون الاجراءات الجنائية ، حبس المدين ، مددا معينة حددتها لا كراهه على الوفاء بالمبالغ الناشئة عن الجريمة ، المقتضى بها للحكومة فى مواجهة مرتكب الجريمة كالغرامات والمصروفات ، واذا كان المشرع قد نص على الحبس اكراها للمدين على الوفاء بهذه الديون ، الا أنه بالنسبة للغرامات فقد نص على أنها تستهلك بمقدار جنيه عن كل يوم حبس يقضيه المدين المحكوم عليه بالغرامة ، مما يؤدى الى انقضاء ذمة المدين من الغرامات بالمدد التى يقضيها فى الحبس .

واذا كان ذلك مقرر بالنسبة للغرامات ، فان هذا الحكم ينصرف أيضا فى رأينا الى المصروفات القضائية المحكوم بها على المتهم[٢٠] .

ثالثا : حالات ينصب التنفيذ فيها على الأشخاص :

بجانب ما تقدم ، فان هناك حالات أخرى لايتصور أن يرد التنفيذ فيها الا على الأشخاص ومثالها الأحكام الصادرة بالطاعة ، أو بالتفريق

---

(١٨) أنظر تفصيلا ، محمود هاشم — الحبس فى الديون ، ص ٥٥ — ٥٦ .

(١٩) أنظر : محمود هاشم — الحبس فى الديون ، بند ١٧ وما بعدها ص ٢١ وما بعدها .

(٢٠) محمود هاشم ، الحبس فى الديون ، ص ٢٩ — ٣٠ .

الجسمانى ، أو بحفظ الولد ، أو بتسليم الصغير لمن له الحق فى طلبه (مادتين ٣٤٥/٣٤٦ من لائحة المحاكم الشرعية) أو الأحكام الصادرة بالرؤية •

ففى كل هذه الحالات يكون محل التنفيذ بالضرورة هو الشخص ذاته ، أى الزوجة المحكوم عليها بالطاعة ، أو الولد المحكوم بتسليمه أو برؤيته لمن له الحق فى تسلمه أو فى رؤيته •

المبحث الثـــالث

الأحكام القانونيـــة للحبس

٢٢٧ : تحديد هذه الأحكام :

يجب علينا أن نتناول — فى عجالة — بعض القواعد العامة التى تنظم الحبس فى الديون ، وهى تعد بمثابة الأحكام القانونية له ، فى غير المواد الجنائية ، وذلك على التفصيل المناسب الآتى :

٢٢٨ — أولا : السلطة التى تملك توقيعه :

ليس هناك من شك ، بعد أن استعرضنا أحوال الحبس فى تشريعنا المصرى ، فى أن السلطة التى تملك توقيع الحبس تتمثل فى القضاء ، فهو وحده صاحب الولاية فى الحكم بالحبس على المدين فى الأحوال التى يجوز فيها ، وتحديدا تتمثل فى المحكمة الجزئية بالنسبة لديون النفقة وما فى حكمها ، ومحكمة الجنـــح بالنسبة للتعويضات المحكوم بها لغير الحكومة الناشئة عن الجريمة (م ٥١٩ اجراءات مصرى) •

أما المبالغ الناشئة عن الجريمة والمحكوم بها للحكومة من غرامات ومصاريف وتعويضات ، فان الحبس الاكراهى بالنسبة لها يكون بأمر

---

(٢١) انظر تفصيلا فى هذه الأحكام الحبس فى الديون للمؤلف ص ٦٨ وما بعدها •

من النيابة العامة على النموذج الذى يقرره وزير العدل (٥١٩ اجراءات جنائية) .

٢٢٩ — ثانيا : الأشخاص الجائز حبسهم :

اذا كان الحبس وسيلة لحمل المدين على الوفاء بدينه ، فمن الطبيعى أن يقتصر الحبس على المدين نفسه ، فهو الملتزم بأدائه ، الممتنع عن الوفاء به رغم قدرته ، ومن ثم فهو المستحق للحبس ، وعليه فلا يجوز حبس الكفيل أو ورثة المدين ، ولا المسؤول عن الحقوق المدنية الناشئة عن الجريمة ، ولا الوصى أو الولى .

كما يقتصر الحبس على المدين شريطة أن يكون جائز التنفيذ عليه ، فان كان من الأشخاص الممنوع حبسهم فلا يجوز حبسه بسبب عدم الوفاء بديونه ، ومن أمثلة هؤلاء الأشخاص ، المتمتعون بالحصانات الدبلوماسية والتجار المشهر افلاسهم ، كما لا يجوز حبس عديمى الأهلية أو ناقصيها ، ولا الصغار (الذين تقل أعمارهم عن ١٥ سنة بالنسبة للديون الناشئة عن الجريمة ، ولا ١٨ عاما بالنسبة للنفقات) . كما تمنع بعض الأنظمة حبس العجزة والأقارب والأصهار وموظفى الحكومة[٢٢] .

٢٣٠ — ثالثا — شروط توقيع الحبس :

حتى يمكن حبس المدين ، اكراها له على الوفاء بديونه لابد من توافر الشروط الآتية[٢٣] :

١ — طلب الدائن حبس المدين :

اذا كان الحبس وسيلة للتنفيذ أو وسيلة لحمل المدين على التنفيذ ، فانه لا يوقع الا بناء على طلب الدائن أو من يقوم مقامه ، لأنه صاحب الحق فى الاستيفاء ، ويكون طلب الدائن بعريضة ترفع الى المحكمة

---

(٢٢) الحبس فى الديون للمؤلف ، ص ٧٤ — ٧٨ .

(٢٣) انظر تفصيلا ، الحبس فى الديون للمؤلف ، ص ٧٩ وما بعدها .

المختصة بالاجراءات المعتادة (٣٤٧ اجراءات شرعيـة مصرية ، ١٩ اجراءات جنائية) ، ويجب أن يرفق بطلبه سند الدين والذى يجب أن يكون حكما قضائيا نهائيا بالنفقة أو بالتعويض ٠

٢ — امتناع المدين عن الوفاء رغم قدرته :

يجب لحبس المدين أن يكون قد امتنع عن الوفاء بالدين رغم تكليفه بالوفاء به ، أى بعد اعلانه بالسند التنفيذى وتكليفه بالوفاء وبعد أن تأمره المحكمة بالوفاء ولم يقم به ، رغم قدرته ويساره ٠ ومسألة القدرة مسألة يترك تقديرها للقاضى ٠

٣ — الأمر بالحبس :

لا يكفى لحبس المدين توافر الشرطان المتقدمان ، وانما يلزم كذلك أن تصدر المحكمة أمرها بالحبس ٠ فالحبس لا يوقع بقوة القانون ، وانما بحكم تصدره المحكمة المختصة ، التى لها أن تصدره ان توافرت الشروط ، أو أن تمتنع عن اصداره ولو توافرت ٠ وبشرط ألا يكون قد توافر مانع من موانع الحبس ، ومنها الوفاء بالدين أو انقضاؤه ، ورضا الدائن بتخلية سبيل المحكوم عليه ، أو اذا قدم المدين كفيلا يكفل الوفاء بالدين ، أو سبق حبس المدين من أجل دين واحد ، أو اذا أصيب المدين بجنون أو عتة وغيرها ٠

٤ — عدم تجاوز مدة الحبس المقررة :

كما يجب أن تلتزم المحكمة حدود المدد المقررة لكل دين على حدة فلا تملك أن تتجاوزه ، وان كانت تملك الحكم بمدد أقل من المدد المحددة تشريعيا ٠

الفهـــرس

الموضوع　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　الصفحة

الباب الثانى
قيام الحق فى التنفيذ الجبرى
وجود السند التنفيذى

الموضـوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الباب الثالث

سبب التنفيذ

القسم الثانى

خصومة التنفيذ

الباب الأول

اشخاص خصومة التنفيذ

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني : الأموال التي غير الجائز الحجز عليها اعمالا لسلطان الارادة	٤٠٢
المطلب الثالث : الأموال التي لا يجوز الحجز عليها بنصوص خاصة	٤٠٥
الفرع الأول : تحقيقا لمصلحة عامة	٤٠٥
الفرع الثاني : رعاية لمصلحة خاصة	٤٠٩
الفصل الثاني : التنفيذ على الأشخاص	٤٣١
المبحث الأول : عدم جواز التنفيذ على الأشخاص	٤٣٢
المبحث الثاني : الحالات الجائز الحبس فيها	٤٣٥
المبحث الثالث : الأحكام القانونية للحبس	٤٣٨

رقم الايداع بدار الكتب ٣٩١٨ لسنة ١٩٩٠
J. S. B. N. 977 - 00 - 0443 - 7

دار أبو المجد للطباعة